

# **Militære kommisjoner ved Guantanamobasen på Cuba**

Reglene for disse sett i forhold til Konvensjonen om Sivile og  
Politiske Rettigheter artikkel 14.

Kandidatnr: 477

Veileder: Statsadvokat Arne Willy Dahl

Leveringsfrist: 25.11.03

Til sammen 17 862\* ord

Dato 19.November 2003

## **Innholdsfortegnelse**

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSING	1
1.2	SIVPOL ARTIKKEL 14; FOLKERETT OG MENNESKERETTIGHET	3
1.3	BEGREPSKLARGJØRING	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>REGELSETTET FOR DE MILITÆRE KOMMISJONENE</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	“THE PRESIDENTS MILITARY ORDER OF NOVEMBER 13, 2001” & “DEPARTMENT OF DEFENSE MILITARY COMMISSION ORDER No.1 OF MARCH 21, 2002”	6
2.2	HVORFOR AMERIKANSKE MYNDIGHETER MENER MILITÆRE KOMMISJONER ER DEN RETTE VEIEN Å GÅ.	10
<b><u>3</u></b>	<b><u>OM REGELSETTET SAMSVARER MED SIVPOL ARTIKKEL 14.</u></b>	<b><u>13</u></b>
3.1	SIVPOL ARTIKKEL 14	13
3.2	KRAV TIL DOMSTOLEN	14
3.2.1	LIKHEIT FOR DOMSTOLEN	14
3.2.2	”KOMPETENT, UAVHENGIG OG UPARTISK DOMSTOL OPPRETTET I HENHOLD TIL LOV”	17
3.2.2.1	”Uavhengig”	18
3.2.2.2	”Upartisk”	21
3.2.2.3	”Opprettet i henhold til lov”	22
3.3	KRAV TIL OFFENTLIGHET	24
3.3.1	UTELUKKELSE AV PRESSEN OG OFFENTLIGHETEN	24
3.3.2	EKSKLUDERINGSGRUNNENE	25
3.3.3	OFFENTLIGGJØRING AV DOMMEN	27
3.4	SIKTEDES RETT TIL FORSVAR	28
3.4.1	UNDERRETNING	29
3.4.2	FORBEREDE FORSVAR	30
3.4.3	TILSTEDEVÆRELSE OG ADGANG TIL Å FORSVARE SEG	33
3.4.4	Å AVHØRE VITNER	36

3.4.5	TOLK	38
3.4.6	SELVINKRIMINERINGSFORBUD	39
<b>3.5</b>	<b>UENSARTEDE GARANTIER</b>	<b>40</b>
3.5.1	PÅDØMMELSE UTEN UNØDIG OPPHOLD	40
3.5.2	USKYLDSPRESUMSJONEN	42
3.5.3	ANKE-/OVERPRØVELSESRETTE	44
3.5.4	MINDREÅRIGE, DOBBELTSTRAFF OG ERSTATNING	46
<b>4</b>	<b><u>DEROGASJON ETTER SIVPOL ARTIKKEL 4.</u></b>	<b><u>47</u></b>
<b>5</b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b>6</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>54</u></b>
<b>7</b>	<b><u>VEDLEGG</u></b>	<b><u>60</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og avgrensing

Tirsdag 11. september 2001 krasjet to fly inn i New York World Trade Center, også kalt “The Twin Towers”. Et tredje fly styrtet inn i Pentagon-bygningen og det fjerde flyet styrtet på et jorde i Pennsylvania. Som reaksjon på dette startet President Bush krigen mot terrorisme.

Det tok ikke mange dagene før Bush-administrasjonen og amerikansk etterretning fant ut at Al Qaida, med Osama Bin Laden i spissen, stod bak angrepene. Taliban og Afghanistan ble involvert ved at Taliban til en viss grad beskyttet Al Qaida medlemmene og nektet å samarbeide med amerikanerne for å ta disse. USA, med støtte av FN<sup>1</sup>, intervenerte i Afghanistan. I tiden som fulgte ble det kjempet i håp om å få tatt Al Qaida-nettverket og dets leder Osama Bin Laden. Kort fortalt er det dette som er foranledningen til den amerikanske interneringen av fanger på Guantanamobasen på Cuba.

Høsten 2001 oppstod det en del diskusjon vedrørende opprettelsen av ”Military Commissions”. Det er dette jeg skal ta for meg. Hovedproblemstilling for denne avhandlingen blir: Opprettelsen av ”Military Commissions” for å straffeforfølge noen av fangene på Guantanamo Bay. Er regelsettet for kommisjonene i overensstemmelse med USAs internasjonale forpliktelser etter Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (heretter SivPol) artikkel 14?

Det sitter nå ca seks hundre fanger på Guantanamo. Seks av disse vil være de første til å bli stilt for retten ved de militære kommisjonene. Disse er antatte medlemmer av Al Qaida, samt antatte medlemmer av Taliban. Det har i tiden fra interneringen vært mye diskusjon rundt det hele. Om det foreligger internasjonal væpnet konflikt eller ikke. Om

---

<sup>1</sup> Se FNs sikkerhetsråds Resolusjon 1373 av 28. september 2001.

fangenes status og deres rettigheter, samt hvem de er, hvordan de har det og tid og sted for rettergangen. Jeg vil imidlertid ikke komme nærmere inn på disse temaene i det følgende.

Bush-administrasjonen har offentliggjort et regelsett som kommer til å gjelde for de militære kommisjonene. Regelsettet er kommet i form av "Military Orders" (militære forordninger). Den første<sup>2</sup> kom 13. november 2001 (heretter PMO). Den andre<sup>3</sup> kom 21. mars 2002 (heretter MCO No.1). Det er i all hovedsak dette regelsettet jeg vil analysere opp mot SivPol artikkel 14.

Det faktum at reglene for de militære kommisjonene kan forandre seg mens skriving pågår - av den grunn at de er ad hoc - må det tas høyde for, men vil ikke få innvirkning på denne avhandlingen. Jeg vil ta utgangspunkt i de to "Military Orders" som er nevnt ovenfor. Jeg vil også til en viss grad behandle noen av de detaljerte instruksjonene som kom i form av "Military Commissions Instruction No. 1 til No. 8"<sup>4</sup> (heretter MCI) april dette år.

Et noe særegent problem som reiser seg i denne avhandlingen er at de aller fleste kildene er engelskspråklige. Og den norske ordbruken og det norske system er ikke nødvendigvis helt det samme. Dette gjør at jeg selv må foreta en mer eller mindre oversettelse av kildene. Jeg har i det følgende forsøkt å benytte meg av de nærmest tilsvarende ord og uttrykk på norsk. Det må dog tas høyde for at det kan foreligge noen feilinterpretasjoner her.

---

<sup>2</sup> The White House President George W Bush, President Issues Military Order, Office of Press Secretary, 13 november 2001.

<sup>3</sup> Department of Defense Military Order No. 1, 21 mars 2002.

<sup>4</sup> Department of Defense Military Commission Instruction No.1, 2, 3..., 30 april, 2003.

## 1.2 SivPol artikkel 14; folkerett og menneskerettighet

Menneskerettighetene er en del av folkeretten. Folkeretten er et overnasjonalt system. Det er hovedsakelig statene, og ikke individene, som er rettighetssubjekter og pliktsubjekter. Individene er det man betegner som folkerettsobjekter. Dog er dette litt annerledes når man har med internasjonale menneskerettigheter å gjøre. Etter menneskerettighetene har også individene rettigheter. Retten til liv er eksempelvis en rettighet individet har, og det i kraft av å være et individ. SivPols preambel fremhever også de iboende rettighetene menneske har.

For å kunne fastslå gjeldende folkerett må man tolke ordlyden i konvensjonen. Etter Wienkonvensjonen av 21. mai 1969 artikkel 31 skal ordlyden i konvensjoner tolkes i ordets vanlige betydning i lys av gjenstand, formål og kontekst.

Videre har praksis gitt oss tre generelle tolkningsprinsipper som er verdt å nevne. For det første skal man ha i minnet at folkerettslige begreper er autonome. Med dette menes at deres innhold i all hovedsak ikke kan fastslås ved å vise til tilsvarende begrep i nasjonal rett. For det andre skal den folkerettslige tolkningen være dynamisk. Med dette menes at rettighetenes innhold skal følge samfunnsutviklingen. Konvensjonene skal ses på som "levende instrumenter".<sup>5</sup> Det tredje prinsippet går ut på at traktatene skal tolkes slik at deres formål blir effektivt tilgodesett. Det heter gjerne at unntak fra rettighetene skal tolkes strengt. Dette er et tolkningsprinsipp som blant annet er nedfestet i SivPol artikkel 5. Alle disse prinsippene vil gjelde ved tolkningen av SivPol artikkel 14 også. De vil ligge i bunnen under hele drøftelsen.

Reglene i SivPol må videre tolkes med umiddelbar virkning. Rettighetene er egnet til å gjennomføres umiddelbart, fordi statenes plikt er av den negative typen. Statene er forpliktet til å avstå fra å gjøre noe. Når dette er sagt kan pliktene innebære at staten må gi lover og regler som indirekte pålegger individene plikter, eksempelvis at enhver må avstå fra tortur. Hvilke menneskerettigheter man anser som viktigst og hvilke man anser som de mest kontroversielle vil imidlertid avhenge av ens ståsted. I noen deler av verden er retten til personlig frihet og sikkerhet (SivPol artikkel 9) selvsagt, mens i

---

<sup>5</sup> Opsahl s. 15.

andre områder er det ikke slik. Noen steder er beskyttelsen mot tortur (SivPol artikkel 7) viktigere enn retten til foreningsfriheten (SivPol artikkel 22). I USA kan det se ut som om man har satt retten til liv og sikkerhet for ens borgere i høysetet. Om dette er på bekostning av retten til rettferdig rettergang gjenstår å se.

Å fastslå hvordan konvensjonene skal tolkes er primært de kompetente FN organenes oppgave. Ved SivPol er det Menneskerettighetskomiteen (heretter MRK) som har denne oppgaven, jfr. SivPol artikkel 28 flg. MRKs virksomhet går ut på rapportbehandling og klagebehandling, jfr. SivPol artikkel 40 og 41. Etter den første valgfrie protokoll til SivPol (OP 1) er det opprettet et system for individklager. USA er imidlertid ikke konvensjonspart til OP 1.

MRKs praksis gis ut i ”Report of the Human Rights Committee”. Denne praksis er ikke veldig omfattende. MRK har ikke hatt mye praksis som belyser problemstillingen for øyet i denne avhandlingen i noen særlig grad. Det kommer inn få klagesaker til MRK. Dette er antagelig på grunn av den dårlige kunnskapen om klageretten til Genève. Når det gjelder de europeiske landene er tendensen at man heller benytter seg av klageorganene i forbindelse med Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK). Jeg må da nødvendigvis i denne analysen benytte meg av andre veiledende kilder, kombinert med passende praksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstolen (heretter EMD).

Ordlyden og praksis er ikke de eneste rettskildene når man skal fastslå gjeldende menneskerettigheter. Når det gjelder SivPol vil det være de alminnelige kommentarene (”General Comments”, heretter GC) fra MRK som er viktige. Uttalelsene er rettet til alle stater og bygger på praksis fra rapporteringene og klagesakene. De gir uttrykk for en samlet Komités tolkning av SivPols bestemmelser etter grundige drøftelser. Dermed har de stor rettskildemessig vekt. Disse virker ofte i realiteten som utfyllende normeringer med presiseringer av de materielle rettighetene i traktaten. I det følgende vil det komme frem at disse GC tillegges betydelig vekt i denne analysen.

### 1.3 Begrepsklargjøring

Det vil i analysen komme opp noen begreper som gir grunnlag for forklaringer. Noen vil jeg redegjøre for her, mens noen tar jeg etter hvert som de drøftes (så som ”military commissions” og derogasjon).

Når jeg gjennom hele avhandlingen skriver om sivile personer, sivile forsvarere og sivil rettergang er det ikke sivil kontra strafferett jeg tenker på. Det er sivile kontra militære personer/institusjoner jeg har for øyet.

Det er under SivPol artikkel 14 noe usikkerhet rundt ordlyden ”court” og ”tribunal”. Den engelske originalteksten av SivPol artikkel 14 benytter seg av både ”court” og ”tribunal”. I den norske oversettelsen er det imidlertid blitt benyttet ”domstol” gjennom hele bestemmelsen. Spørsmålet blir da om dette innebærer noen realitetsforskjell.

Ordet ”court” brukes vanligvis om en permanent domstol med permanent personale, slik som International Criminal Court (ICC). Mens ”tribunal” brukes om en mer ad hoc domstol som er nedsatt for en bestemt anledning. International Criminal Tribunal of former Yugoslavia (ICTY) er en slik ”tribunal”.

De militære kommisjonene på Guantanamobasen er ”tribunals”. Dette fordi de er opprettet i forbindelse med denne spesielle saken. Tribunalets personale er heller ikke faste, men ad hoc. Jeg vil ta utgangspunkt i den norske teksten, slik at forskjellen i ordvalget ikke spiller noen avgjørende rolle i det følgende. Jeg kan ikke se noe grunnlag for at man skal dele opp artikkelen slik at noe gjelder for permanente domstoler mens annet bare gjelder ved ad hoc domstoler. Det ville ikke gitt noen fornuftig mening dersom en skulle lagt til grunn en slik realitetsforskjell i ordlyden.



## **2 Regelsettet for de militære kommisjonene**

### **2.1 “The Presidents Military Order of November 13, 2001” & “Department of Defense Military Commission Order No.1 of March 21, 2002”**

Amerikanske myndigheter utga de første offisielle bestemmelsene vedrørende de militære kommisjonene i PMO. Presidenten slo her fast sin kompetanse og den videre gangen i krigen mot terrorisme. Forordningen vakte oppsikt og en debatt med stort omfang startet. Ikke bare i USA, med verden over. Det ble allerede i PMO varslet at det kom til å komme et regelverk for kommisjonene. Så steg nummer to kom ved at forsvarsministeren, etter fullmakt fra Presidenten, utgav MCO No.1. Det tredje steget ble tatt april dette år ved at forsvarsdepartementet gav ut åtte MCI'er. Disse innebærer en mer detaljert regulering av forholdene rundt og under rettergangen ved de militære kommisjonene. Det er imidlertid i all hovedsak MCO No.1 jeg vil konsentrere meg om. Dog vil jeg komme inn på de to andre forordningene der det er naturlig.

En militær kommisjon er en form for krigsrett. I Norge har man ikke et slikt system, men det er utbredt i andre deler av verden. Land som Tyrkia og Russland har et permanent system med permanent personale. USA og India har et system hvor de militære tribunalene blir opprettet i forbindelse med den enkelte sak. Disse tribunalene blir ad hoc og uten permanent personale. Slike militære kommisjoner benyttes hovedsakelig for å prøve brudd på militær rett, herunder krigens rett. Det amerikanske regelsettet fastslår at de militære kommisjonene på Guantanamobasen skal kunne prøve medlemmer av Al Qaida, personer som er involvert i terrorhandlinger mot USA samt personer som med viten og vilje huser terrorister, se PMO sec 2 (1) (i-iii).

Den amerikanske presidenten opprettet kommisjonen, og han eller forsvarsministeren er kommisjonens øverste myndighet, se MCO No.1 pkt 2 samt pkt. 3 (A) (B) og (C). Det er en av disse to som også oppnevner kommisjonens medlemmer, samt gir de gjeldende reglene for kommisjonene.

Kommisjonen skal bestå av minst tre, maks syv domstolsmedlemmer. Disse medlemmene er militære offiserer. Se MCO No.1 pkt. 4 (A) (1) (2) og (3). Disse

personene skal avgi sin stemme for skyldig eller ikke skyldig, se MCO No.1 pkt. 6 (F). Dette er altså oppgaver en jury har i det nasjonale systemet. Videre skal de avgjøre om det skal idømmes dødsstraff, livsvarig fengsel eller fengsel for kortere periode, bøtelegging eller annen lovbestemt straff, se MCO No.1 pkt. 6 (G). Med dette har de oppgaver som en jury vanligvis ikke har. Dermed kan kommisjonsmedlemmene karakteriseres som en meddomsrett fordi de avgjør både skyldspørsmålet og straffutmålingen.

Videre skal kommisjonen ha en formann. Denne oppnevnes ”from among the members of each commission” og velges ut av presidenten eller forsvarsministeren. Formannen må i motsetning til de andre domstolsmedlemmene ha juridisk bakgrunn. Se om dette i MCO No.1 pkt. 4 (A) (4). Formannen har en rekke oppgaver og et omfattende ansvar. Han skal godkjenne eller underkjenne bevis, avgjøre om deler av rettergangen skal gå for lukkede dører, lede rettergangen slik at den sikrer rettferdighet m. m., se MCO No.1 pkt. 4 (A) (5).

Overordnet myndighet, det vil si presidenten eller forsvarsministeren, vil også oppnevne en sjefsanklager/aktor, som vil ha flere aktorer under seg. Disse må enten være ”Military Officers who are judge advocates of any U.S armed force” hvilket tilsvarer en militærjurist som blant annet kan dekke samme rolle som en krigsadvokat i Norge. Eller ”special trial counsel of the Department of Justice” som i Norge til en viss grad tilsvarer en aktor oppnevnt og under arbeid hos Justisdepartementet. Se MCO No.1 pkt. 4 (B) (1) og (2) om dette.

Videre skal det oppnevnes en forsvarerstall. Det oppnevnes en hovedforsvarer, og flere underforsvarere. Disse skal også være ”judge advocates of any U.S armed force”, se MCO No.1 pkt. 4 (C) (1) og (2). Både forsvarer og aktor vil ha de tradisjonelle oppgavene disse vanligvis har i en rettergang. Det som imidlertid er verdt å merke seg er at siktede vil ha mulighet til å ha sin egen sivile forsvarer, se MCO NO.1 pkt. 4 (C) (3). I motsetning til den offentlige militære forsvareren vil siktede selv måtte betale for den sivile forsvareren. Det er i regelverket stilt en rekke betingelser denne sivile forsvareren må oppfylle for å kunne virke som forsvarer i rettergangen, se MCO No.1 pkt. 4 (C) (3) (b). Den sivile forsvareren må blant annet være en amerikansk statsborger,

og vedkommende må gå igjennom den høyeste form for sikkerhetsklarering. Jeg vil komme mer inn på disse betingelsene nedenfor, se punkt. 3.4. Siktete må imidlertid alltid bli representert ved den offentlige forsvareren. Den sivile, egenvalgte er alene ikke tilstrekkelig.

Siktete er sikret visse menneskerettigheter, se MCO No.1 pkt. 5. Blant annet anses han uskyldig inntil det motsatt er bevist, se MCO No.1 pkt 5 (B). Videre kan han bare dømmes dersom det er hevet over rimelig tvil at han er skyldig. En fellende dom krever kvalifisert flertall (2/3 av medlemmene). En dom på dødsstraff må imidlertid være enstemmig, se MCO No.1 pkt. 6 (F) og (G). Siktete har rett til å nekte å vitne, og han kan føre vitner og dokumenter til sitt forsvar, MCO No.1 pkt. 5 (F) og (H). Siktete er også beskyttet mot å bli tiltalt to ganger, se MCO No.1 pkt. 5 (P). Siktete kan inngå ”plea agreement” (det vil si en avtale om mildere siktelse, mot visse betingelser så som at han erklærer seg skyldig), MCO No.1 pkt. 6 (A) (4). Om disse garantiene er tilstrekkelig i forhold til SivPol artikkel 14 vil jeg analysere i det følgende, jfr. punkt 3.

Rettergangen vil være åpen dersom kommisjonens formann ikke bestemmer noe annet, se MCO No.1 pkt. 6 (B) (3) og PMO sec. 4 (c) (4). Når saken går for lukkede dører vil både siktete og den sivile forsvareren kunne bli sendt ut av rettslokalet, mens den offentlige militære forsvareren alltid må være tilstede, se MCO No.1 pkt. 5 (K).

Etter regelsettet kan rettergangen lukkes av hensyn til hemmelig og følsom informasjon, fysisk sikkerhet for rettens deltagere, etterretnings eller politikilder, deres metoder og aktiviteter samt nasjonal sikkerhet, se MCO No.1 pkt. 6 (B) (3). Det vises altså ikke til regelen om lukkede retterganger i SivPol artikkel 14. Både fotografering, video opptak og kringkasting vil være tillatt dersom kommisjonens formann finner det ønskelig, se MCO No.1 pkt. 6 (D) (2) (a). Regelverket fastslår dessuten at kommisjonen må være upartisk, se MCO No.1 pkt. 6 (B) (2).

Videre skal bevis tillates dersom de har beviskraft for en vanlig fornuftig person, se MCO No.1 pkt. 6 (D) (1). Vitner vil bli utsatt for kryssforhør, men av hensyn til vitnenes sikkerhet kan man tillate ”ex parte, in camera” avhør. Dette betyr at vitneavhør på telefon, video og lignende, samt under bruk av pseudonymer er tillatt. Det er

kommisjonens formann som avgjør dette. Se om dette i MCO No.1 pkt. 6 (D) (2) samt PMO sec. 4 (c) (3).

Et panel på tre personer skal stå for gjennomgåelsen av dommen. Panelet oppnevnes av presidenten eller forsvarsministeren. Minst et av disse panelmedlemmene må være juridisk dommer. Panelet skal gå gjennom rettergangen og se etter at alt har gått rett for seg, se MCO No.1 pkt. 6 (H) (4). Dersom panelet enstemmig finner at det foreligger mangler ved rettergangen skal de vise saken tilbake til oppnevnellesmyndigheten. Dersom feil ikke foreligger skal panelet oversende saken til forsvarsministeren, som også skal se over saken, se MCO No.1 pkt. 6 (H) (5). Deretter går saken til presidenten som treffer den endelige avgjørelsen. Presidenten kan godkjenne eller velge å ikke godkjenne utfallet av saken, se MCO No.1 pkt. 6 (H) (6). En kjennelse på ikke-skyldig kan imidlertid ikke forandres, verken av presidenten eller noen andre.

Jeg vil bemerke at regelsettet er ad hoc, se MCO No.1 pkt. 1 og pkt. 11. Dette betyr at det kan forandres når som helst av presidenten eller av forsvarsministeren dersom han er gitt den myndigheten av presidenten. Videre er det bemerkelsesverdig at presidenten, samt kommisjonens formann er gitt såpass stor makt. Dette kan reise problemer i forhold til prinsipper som maktfordeling og rettsikkerhet, samt andre internasjonale menneskerettigheter. Se mer om dette nedenfor.

## 2.2 Hvorfor amerikanske myndigheter mener militære kommisjoner er den rette veien å gå.

Også innad i USA er det uenighet om prøvelsen av Al Qaida fangene egner seg best i føderale eller militære kommisjoner. Internasjonale domstoler, slik som ICC, er det imidlertid mindre tro på. Internasjonale menneskerettsorganisasjoner har kritisert amerikanske myndigheter for å stille de terrormistenkte ved en militær kommisjon utenfor amerikansk territorium. De antar at hensikten med dette nettopp er at amerikanerne da ikke trenger ta hensyn til rettigheter som normalt gjelder for siktede i amerikanske domstoler.<sup>6</sup> Amerikanske myndigheter hevder imidlertid at det er hensyn til etterretning, sikkerhet og kompetanse som er det avgjørende.

I en artikkel i *American Journal of International Law* redegjør Ruth Wedgwood for hvorfor hun tror amerikanske myndigheter valgte nettopp militære domstoler, og ikke føderale eller internasjonale straffedomstoler.

Aller først fremhever hun at resultat av hemmelig etterretning kan legges frem som bevis ved de militære kommisjonene, og dette uten at verken siktede eller hans sivile forsvarer trenger få adgang til innholdet i det. I føderale domstoler er det ikke tillatt med hemmelig bevis, der må offentligheten ha tilgang til alle bevis som føres av partene. I føderale domstoler er det strenge og ikke minst uforanderlige regler for å få lagt frem et bevis, mens det i militære kommisjoner er meget enklere og opp til kommisjonens formann om bevisene skal tillates ført. Videre er det i de militære kommisjonene tillatt med "hearsay evidence", hvilket betyr vitneutsagn om forhold man kjenner til på annen hånd. I de føderale domstoler er det derimot bare tillatt med førstehåndsvitner. Det er kjent at Osama bin Laden et par dager før angrepet ringte sin mor og fortalte at noe stort kom til å skje og at han kom til å være utilgjengelig i en periode. Dersom moren hadde betrodd dette til en venn kunne man ved de føderale domstolene ikke tillatt dette vitnemålet. Det kan man ved de militære kommisjonene.

Videre fremhever Wedgwood at det ofte under krig er problematisk å skaffe bevis som tilfredsstillende krav til god etterforskning. Som hun sier det: "the usual rules of chain of

---

<sup>6</sup> Nilsens artikkel "*Bush har utpekt seks tiltalte.....*".

custody and authentication may be difficult to meet for objects obtained in a battlefield environment, where many witnesses are scattered, deceased or uncooperative.” I de militære kommisjonene er det ikke så rigide regler vedrørende bevis som de man finner i de føderale domstolene.

Det tredje problemet som reiser seg er sikkerheten. Både den personlige sikkerheten, samt den informasjonssikkerhet som er nødvendig. Wedgwood peker på at føderale domstoler ikke er kapable til å tilby den sikkerheten for rettens deltagere som er nødvendig når man skal prøve Al Qaida medlemmene. Hun viser til det faktum at dommeren som behandlet saken mot Al Qaida medlemmene i 1990 årene nå må ha beskyttelse av livvakter hele døgnet. Slik beskyttelse kan ikke tilbys en hel meddomsrett.

Når det gjelder de internasjonale domstolene oppstår det samme problem. Heller ikke de internasjonale domstolene kan tilby den informasjonssikkerhet eller den personlige sikkerheten for deltagerne som de militære kommisjonene kan. Wedgwood fremhever Al Qaidas voldelige oppførsel og viser til at mange anser det som umulig for ordinære domstoler å tilby den sikkerhet som er nødvendig.<sup>7</sup> Amerikanske myndigheter er videre skeptiske til å avsløre etterretningsarbeid til personer i det internasjonale samfunn. Og dette særlig siden man har å gjøre med en pågående krig. Som hun sier: while a conflict is going on, it would be hazardous in the extreme to risk disclosing how bin Laden is tracked”. Og hun har et poeng, dersom en avslører sine etterretningspersoner og etterretningsmetoder er denne etterretningen ikke lenger nyttig.

Det hevdes videre at dommerne i slike internasjonale domstoler ikke vil kunne være helt uavhengige av sine hjemland, og videre at det ikke vil være så lett å gjennomskue hvor de har sine økonomiske interesser som man kunne ønske det var.

---

<sup>7</sup> Hun uttrykker det på følgende måte: “...with the demonstration of Al Qaeda’s appetite for violence, some find it difficult to fathom how the security of trials can be assured against the network’s members”.

Til slutt fremhever Wedgwood de internasjonale domstolenes sammensetning. Problemene reiser seg når man skal ha en domstol med en bred muslimsk representasjon for å få erkjennelse eller godkjenning av en eventuell avgjørelse. Få, om ingen, arabisk eller muslimsk myndighet vil kunne utnevne en dommer uten samtidig å frykte for sanksjoner fra de militære utbrytergruppene i den muslimske verden. Bin Laden's fatwa på alle de som samarbeider med amerikanerne er en viktig faktor her. Videre er det problematikken med Israel. Bin Laden erklærte krig mot alle amerikanere og alle jøder. Hvem muslimske myndighet vil tillate at deres representant ved den internasjonale domstolen samarbeider med en israelsk dommer? Neppe så mange, hevder Wedgwood.

Blant annet ut fra denne argumentasjonen, samt den oppfatning at de militære kommisjonene er i samsvar med folkeretten og menneskerettighetene, mener mange amerikanere at militære tribunaler er det eneste rette. Men det er som sagt også noen av dem som mener det motsatte.

### 3 Om regelsettet samsvarer med SivPol artikkel 14.

#### 3.1 SivPol artikkel 14

Retten til rettferdig rettergang kan spores tilbake til den Anglo-saxiske sedvaneretten om rettssikkerhet, som igjen har sine røtter så langt tilbake som til Magna Charta Libertatum av 1215. Rettssikkerhet vil si at ens rettsstilling trygges mot andre, også myndighetene. Garantier, slik som i SivPol artikkel 14, skal blant annet sikre at fangene på Guantanamobasen blir beskyttet mot overtramp fra myndighetene og enkeltpersoner.

I amerikansk grunnlovs-historie har det blitt lagt stor vekt på både materiell og prosessuell rettsikkerhet.<sup>8</sup> Og USA spilte en viktig rolle under forhandlingene ved vedtagelsen av artikkel 14.

Å komme til enighet om felles bestemmelser for alle konvensjonspartene var imidlertid ikke gjort over natten. Det tok hele atten år før forhandlingene resulterte i den universelle menneskerettighetskonvensjonen, SivPol. Og for Norges del var det først i 1999 at menneskerettighetene i henhold til SivPol fikk en eksplisitt beskyttelse gjennom norsk lov.<sup>9</sup>

Fordi USA har ratifisert SivPol, noe de gjorde i 1992, er de forpliktet til å sikre en retterferdig rettergang for alle under USAs jurisdiksjon.

SivPol artikkel 14 er ganske lik den tilsvarende artikkel 6 i EMK, samt artikkel 8 i ”American Convention on Human Rights” (heretter ACHR). Disse vil bli trukket inn i drøftelsen der de kan være til hjelp. Videre vil det være aktuelt å se hen til praksis fra EMD vedrørende artikkel 6 i EMK. Dog er det viktig å ha i mente at saker fra EMD ikke har betydning for USA i og med at de ikke er konvensjonspart til EMK. Likevel kan det være grunn til å si at bestemmelsene bør tolkes på samme måte. Sagt på en

---

<sup>8</sup> Se the 5th and 14th Amendments to the US Constitution of 1791 and 1868. “Substantive due process” is roughly comparable to the Continental European principles of legality and the binding force of basic rights on the legislative, executive and judicial branches of Government; “procedural due process” on the other hand..... Se Nowak s. 236, dennes note 8.

<sup>9</sup> Se Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i Norsk rett m.v. av 21. mai 1999 nr. 30.



annen måte; når det ikke foreligger forhold som tilsier noe annet er det grunn til å anta at bestemmelsene bør tolkes og anvendes likt.

Kravene i SivPol artikkel 14 kan deles inn i fire grupper. Disse er; krav til domstolen (se pkt. 3.2), krav til offentlighet (se pkt. 3.3), siktedes rett til forsvar (se pkt. 3.4) og en uensartet gruppe minimumsrettigheter (se pkt. 3.5).

### 3.2 Krav til domstolen

Både SivPol, EMK og ACHR fastslår en del kriterier som må oppfylles for at rettergangen skal være rettferdig. Både likhetsprinsippet, samt kravet til en kompetent, upartisk og uavhengig domstol må i alle tilfeller være oppfylt.

#### 3.2.1 Likhet for domstolen

Første setning i artikkel 14 slår fast at alle skal være like for domstolen, heretter kalt likhetsprinsippet. Setningen innebærer en stadfestelse av den mer generelle SivPol artikkel 26 om likhet for loven. Bestemmelsen er spesiell for SivPol, man finner den ikke i de andre internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.

Ut fra dokumentene fra The Third Committee of the General Assembly i 1959 kan man lese at flertallet av delegatene anså likhet for domstolene som et grunnleggende og viktig rettssikkerhetsprinsipp.

Likhetsprinsippet innebærer både at alle skal være like for domstolene (altså et diskrimineringsforbud), samt prinsippet om ”equality of arms”. Med dette menes at partene i saken skal være likestilte overfor domstolen. Prinsippet innebærer at hver part må ha en rimelig mulighet til å presentere sin sak, herunder også bevis, under forhold som ikke er dårligere enn motparten. Den ene parten skal ikke ha rettigheter den andre ikke har og vise versa. Partene er eksempelvis ikke likestilte dersom siktede og/eller hans forsvarer er ekskludert fra rettsmøter hvor aktor er tilstede. I straffesaker vil det imidlertid være nærmest umulig å oppnå full likestilling mellom partene. Dette på grunn av rollefordelingen mellom påtalemyndigheten og siktede. Eksempelvis er det

påtalemyndigheten som har hovedansvaret for å redegjøre for saken. Videre skal enhver tvil komme siktede til gode. Forskjeller utover dette kan imidlertid innebære en krenkelse av prinsippet om likhet for domstolen.

Etter MCO No.1 kan siktede som nevnt vises ut av rettsmøtet, det samme kan skje med hans sivile forsvarer. Den offentlig oppnevnte, militære forsvareren kan imidlertid ikke under noen omstendighet vises ut. Likevel, dersom siktede må forlate sin egen rettergang er det da i overensstemmelse med artikkel 14? Rent intuitivt kan det se ut som om det ville innebære en krenkelse. Men det er imidlertid slik at siktede blir representert ved sin andre forsvarer, og dette i seg selv kan innebære at retten er ivaretatt. Etter norsk rett er det dessuten også slik at siktede kan vises ut fra din egen rettergang.<sup>10</sup> Dette under gitte betingelser. Siktetes forsvarer, dersom denne er offentlig oppnevnt kan imidlertid ikke utelukkes fra rettsforhandlingene. Dog, dersom forsvareren er privat, kan han utelukkes med hjemmel i str.prl. § 245 (3).

Det er imidlertid verdt å merke seg at likhet for domstolen favner videre enn likhet for loven slik det er slått fast i SivPol artikkel 26. Likhet for domstolene refererer seg spesielt til lovhåndhevelsen ved de dømmende organene i staten. Dette skal leses i sammenheng med det generelle forbudet mot diskriminering i SivPol artikkel 2 (1). Dette betyr at alle personer, uten sonndring med henhold til rase, religion, kjønn, eiendom m.m., må garanteres en lik rett til domstolene (“access to court”). Å etablere ulike domstoler for de ulike gruppene som blant annet er regnet opp i art. 2 (1) vil innebære brudd også på artikkel 14. Tilsvarende vil diskriminerende praksis ved domstolene på grunnlag av sonndringskriteriene opplistet i art. 2 (1), også kunne innebære et brudd på artikkel 14. De militære kommisjonene vil bare foreta en prøvelse av de som er ikke-amerikanske statsborgere. Dette er sannsynligvis den form for diskriminering som SivPol artikkel 2 og artikkel 14 forbyr. Videre har det faktum at forsvarerne må være amerikanske statsborgere også blitt kritisert.<sup>11</sup> Det er blitt arrangert slik at britiske og australienske siktede kan få forsvarere fra sitt eget land til å forsvare de ved kommisjonen. Da bør det også være mulig for siktede av andre nasjonaliteter å få en forsvarer fra sitt land. Noe annet vil etter all formodning innebære diskriminering.

---

<sup>10</sup> Se straffeprosessloven av 22.mai 1981 nr. 25 (heretter str.prl.) §§ 284 og 245.

Forbudet mot ulike domstoler for ulike grupper i samfunnet reiser seg med styrke ved militære domstoler. Det er flere av traktatpartene til SivPol som har et system med militære domstoler hvor kommisjonen har jurisdiksjon over lovbrudd foretatt av militært personale. Siden artikkel 2 (1) ikke spesielt forbyr sonndring mellom militære og sivile personer, vil militære domstoler i seg selv ikke være i strid med artikkel 14 så lenge regelsettet for disse er i overensstemmelse med resten av rettssikkerhetsgarantiene i artikkel 14. Et mer problematisk spørsmål er om slike militære kommisjoner/domstoler kan avgjøre saker mot sivile personer. MRK har behandlet denne problematikken i en rekke saker mot Uruguay, samt i "General Comment 13/21 of 12 April 1984" (heretter GC 13). MRK slår i § 4 blant annet fast at bestemmelsene i artikkel 14 retter seg mot alle "courts and tribunals". Artikkel 14 gjelder således med full gjennomslagskraft for militære kommisjoner også.

MRK slår fast at den vedkjenner seg eksistensen av at det i mange av traktatpartenes rettssystemer eksisterer militære domstoler som prøver sivile personer. Dette kan, som MRK fremhever, innebære alvorlige problemer i forhold til kravet om rettferdig, uavhengig og upartisk rettergang. Grunnene for å etablere slike militære domstoler i rettssystemet kan ofte være at man ønsker å unngå de prosedyreregler som gjelder i de ordinære, sivile domstolene, jfr. ovenfor pkt. 2.2.

MRK påpeker riktignok at konvensjonen ikke forbyr militære kommisjoner, men slår fast at de vilkår som følger av artikkel 14 er en klar indikasjon på at det bare er i helt eksepsjonelle tilfeller at slikt skal kunne skje, og videre at det alltid må skje under slike former at garantiene i artikkel 14 blir opprettholdt. Ordlyden i GC 13 viser at det er en relativt snever adgang her.

I denne forbindelse er det også verdt å merke seg at MRK fastslår følgende; dersom en av de traktatpartene som har en slik ordning bestemmer seg for, i situasjoner hvor nasjonal unntakstilstand i tråd med SivPol artikkel 4 foreligger, å derogere fra de normale reglene i artikkel 14, må staten forsikre at slike derogasjoner ikke går ut over

---

<sup>11</sup> Se ABA "Task force on treatment of enemy combatants....Recommendation" pkt. 6 s. 14.

hva som er strengt påkrevd i den situasjonen landet befinner seg i. Videre må staten respektere de garantiene i artikkel 14 som de ikke har derogert fra. Se mer om derogasjon etter SivPol artikkel 4 i oppgavens punkt 4.

### 3.2.2 "kompetent, uavhengig og upartisk domstol opprettet i henhold til lov"

Det følger av SivPol artikkel 14 at det må dreie seg om en straffesiktelse, jfr. "siktelse mot ham for en straffbar handling". Å få avgjort om det forligger en straffesiktelse mot vedkommende er av stor viktighet. Dette fordi SivPol artikkel 14 andre og tredje ledd bare får anvendelse ved straffesiktelser. Der er ved de militære kommisjonene og fangene på Guantanamo basen liten tvil om at dreier seg om siktelse for en påstått straffbar handling. Jeg kommer ikke til å gå nærmere inn på dette.

Artikkel 14 inneholder videre bestemmelsen om at siktelsen skal behandles av en domstol. Dette er en institusjonell garanti som tilsier at verken politiske eller administrative institusjoner skal kunne avgjøre en straffesak. Det må være en domstol. Hva som imidlertid kreves for at det skal være en domstol i artikkel 14's forstand er det litt problematisk å slå fast. På den ene siden siktes det ikke bare til tradisjonelle domstoler. På den annen side er det ikke tilstrekkelig at organet utøver visse juridiske funksjoner. Det avgjørende er, dog ikke alene, at organet ikke er avhengig av den utøvende makt. Det ble imidlertid tidlig fastslått at også andre organer enn domstoler kan utgjøre "tribunal".

Det man må ha i minne er at begrepet er autonomt – som så mange andre begrep her er (for eksempel "straffesiktelse" med flere). Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at man nasjonalt kaller institusjonen for en domstol. Domstolskravet må sees i sammenheng med de andre kriteriene. Kravene til kompetanse, uavhengighet, upartiskhet og opprettet ved lov, må også være oppfylt. Dersom organet ikke tilfredsstiller disse kravene vil det vanskelig være en tilfredsstillende domstol i artikkel 14s forstand.

### 3.2.2.1 "Uavhengig"

Domstolen må altså være uavhengig. Med dette siktes det hovedsakelig til at domstolen må være uavhengig av de andre myndighetsorganene i staten, altså at maktfordelingsprinsippet må opprettholdes. Det skal nær sagt være et vanntett skott mellom den utøvende, den lovgivende og den dømmende makt. Sondringen mellom administrativ og dømmende myndighet er en viktig brikke i prinsippet om rettssikkerhet og kan spores helt tilbake til Romerrettens sontring mellom privatrett og offentlig rett.

Med uavhengighet, da både i forhold til den utøvende makt og i forhold til partene i rettergangen, ses det hen til hvordan rettens medlemmer utpekes, deres funksjonstid, garantier mot press utenfra og om organet utad fremtrer som uavhengig.

Kravet til uavhengighet i SivPol artikkel 14 innebærer at den dømmende myndighet skal være uavhengig av den forvaltningsmessige, utøvende myndighet i staten. Dette i form av at dommerne ikke må være gjenstand for instruks eller på annen måte være bundet til de andre myndighetsorganene i staten når de utfører sine oppgaver som dommere. Mangelen på slik uavhengighet kan vise seg eksplisitt ved hendelser under selve rettergangen, men det kan også foreligge brudd dersom hele eller deler av rettergangen implisitt viser at domstolen ikke er uavhengig og at dette påvirker domstolens oppførsel. Det kan også foreligge brudd dersom dommerne kan avskjediges uten særlig grunn, eller at de bare får lønn dersom domsresultatet blir "skyldig". Mangel på uavhengighet vil da gjelde i alle saker denne domstolen får forelagt seg.

Ved de militære kommisjonene som er gjenstand for analyse her, er det President Bush som er øverste myndighet. Det er han som har gitt instruks til forsvarsdepartementet med forsvarsministeren i spissen, som igjen gir regelverket. (Presidenten gav ut PMO og forsvarsministeren utgav MCO No.1 etter fullmakt fra presidenten). Presidenten og forsvarsministeren er en del av den amerikanske forvaltningen. Og det som skal prøves for kommisjonen er en del av den dømmende myndigheten. Ved de militære kommisjonene har dermed både presidenten og/eller forsvarsministeren en omfattende rolle. Ikke bare som øverste leder, men også som lovgiver og til en viss grad som øverste dømmende myndighet. Dette siste i og med at det er presidenten eller

forsvarsministeren som til en viss grad kontrollerer avgjørelsen og som må godkjenne avgjørelsen for at det skal foreligge en endelig dom.

Som påpekt tidligere blir både aktor, forsvarer og kommisjonens medlemmer oppnevnt av oppnevnelsesmyndigheten, som er presidenten eller forsvarsministeren. Dette påkrever en kommentar. Det fremtrer som litt underlig at det er så kort avstand mellom den som oppnevner og den som dømmer i saken. Det er en meget kort avstand mellom landets øverste utøvende myndighet (presidenten og forsvarsministeren) og de som skal avgjøre en rettslig tvist (kommisjonens medlemmer). Det kan se ut som dette innebærer brudd på maktfordelingsprinsippet og uavhengighetskravet etter SivPol artikkel 14. Riktignok er det slik at aktoratet og andre medlemmer av retten oppnevnes av et statlig myndighetsorgan ellers også. Det er imidlertid ikke vanlig å ha en så kort og knyttet link til den forvaltningsmessige delen av staten.

Som jeg nevnte ovenfor kan det foreligge brudd på uavhengighetskravet dersom dommerne kan avskjediges uten grunn. I MCO No.1 punkt 4 (A) (3) står det at "The Appointing Authority may remove members and alternate members for good cause". Hva som menes med "good cause" er ikke nærmere beskrevet. Det er likevel betenkelig i forhold til kravet i artikkel 14. Dette fordi "the Appointing Authority" nettopp er presidenten eller forsvarsministeren, jfr. MCO No. 1 pkt. 2. Det er i så måte fare for at dommerne ikke er uavhengige av den utøvende, forvaltningsmessige myndighet i staten ved at de risikerer å bli tatt av jobben "for good cause".

Et problem kan også reise seg vedrørende strukturen i de militære kommisjonene. Det har ofte blitt stilt spørsmålstegn ved dette når kommisjonen helt eller delvis består av militære personer som dommere. I den militære struktur finnes det ofte spesielle relasjoner personene imellom som ikke alltid er ansett som forenlig med full uavhengighet og upartiskhet.<sup>12</sup> Praksis fra EMD følger opp dette synet.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Se Danelius s. 168-169.

<sup>13</sup> Se EMD Findlay v. UK (RJD 1997 s. 263) hvor domstolen kom til at britisk krigsrett ikke var uavhengig og upartisk på grunn av domstolens struktur. Ved denne domstolen hadde en såkalt "convening officer" en omfattende rolle. Hans oppgaver bestod i å utarbeide tiltalen, å oppnevne domstolens medlemmer, aktor og forsvarer. Videre skulle han sammenkalle domstolen, vurdere og sammenfatte bevisene.

I hvilken grad domstolesmedlemmene kan motta instruks innad eller fra høyere hold i forvaltningen er usikkert. Muligheten for det er imidlertid med på å undergrave de rettssikkerhetsgarantiene SivPol artikkel 14 er satt opp for å sikre. Hele det faktum at prosessen er underlagt den offentlige forvaltningen (den utøvende myndigheten) er meget problematisk i forhold til SivPol artikkel 14 og prinsippet om maktfordeling og uavhengighet.

Som påpekt ovenfor favner imidlertid uavhengighetskriteriet videre enn bare å sikre en tredeling av makten slik maktfordelingsprinsippet krever. Kravet til uavhengighet skal også sikre at domstolene ikke blir påvirket av mektige sosiale grupper i samfunnet. Med dette menes grupper som for eksempel media, industri, politiske partier og lignende. Påvirkningen fra disse gruppene kan deles systematisk opp i to deler. Den ene er påvirkningen av samfunnsopfatningen generelt i et samfunn, det andre er påvirkningen fra opinionen i den enkelte sak. Det er først og fremst sistnevnte som man må forsøke å minimere eller aller helst helt unngå. Kravet til uavhengighet henger her meget sammen med kravet til upartiskhet, og det er en delvis overlappelse her.

Det er i den enkelte sak meget viktig at dommeren og meddommerne ikke blir påvirket av andre. De skal bare se hen til de påstander og bevis som forelegges dem i rettsmøtet og intet annet. Og de skal bare ta hensyn til det de selv mener er det riktige i den enkelte tilfellet. Noen deler av den amerikanske mediedekningen etter angrepet den 11. september 2001 har til dels vært generaliserende. Til og med de som huser Al Qaida medlemmer/sympatører er å betrakte som terrorister.<sup>14</sup> Problemet ligger dels i at ”terrorist”-begrepet (blant annet i ”The Patriot Act”) har vært tolket meget vidt. Videre har det vært sagt; ”enten er dere med oss, eller så er dere mot oss”.<sup>15</sup> Jfr. her også oppgavens pkt. 3.5.2 tredje avsitt. Er så personene i de militære kommisjonene på denne måten upåvirket av media og samfunnsopinionen? Det er problematisk for meg å påstå at medlemmene i militære kommisjonene vil være påvirket av en slik samfunnsopinion, men jeg vil imidlertid tro at slik påvirkning kan være nærliggende. Dette blant annet

---

<sup>14</sup> Uttalelse fra Bush; ”We will make no distinction between the terrorists who committed these acts and those who harbor them”. [www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010911-16.html](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010911-16.html)

<sup>15</sup> Se Fyhns artikkel ”Øye for øye, tann for tann”.

under betraktning av at kommisjonsmedlemmene ikke er erfarne juridiske dommere, de er militære personer med militær utdanning, til sammenligning like legdommere. I hvor stor grad dette har innvirkning på deres vurderinger i saken er det nærmest umulig å bevise, slik at man blir overlatt til å stole på den enkeltes skjønnsmohet.

### 3.2.2.2 "Upartisk"

I forlengelsen av dette er vi over på det andre kravet, nemlig upartiskhet. Mens kravet til uavhengighet først og fremst relaterer seg til oppnevningen av dommerne og andre medlemmer av domstolen, samt deres funksjonstid og forhold forøvrig, peker kravet til upartiskhet mer hen til den spesielle utførelsen av den spesifikke sak. Kravet om upartiskhet har to sider. En subjektiv angrepsvinkel er om dommeren i saken rent faktisk vil dømme upartisk. Eksempelvis er en dommer ikke upartisk dersom han har personlige interesser i saken. Og videre, en dommer kan ikke tillate seg å bli berørt av følelser og/eller politiske meninger, ei heller bli påvirket av "media justice". Inn her kommer problematikken jeg nevnte i forrige punkt, de siste avsnittene. Dog, så lenge det ikke foreligger forhold som tilsier noe annet, må man gå ut i fra at både dommer og jury er upartiske.

En objektiv side av kravet til upartiskhet er at det heller ikke utad må fremstå som tvilsomt at dommeren er upartisk. Det er behovet for tilliten til domstolene som er det avgjørende her. En slik tillit er helt nødvendig i et demokratisk samfunn. I fravær av praksis fra MRK vedrørende artikkel 14, ser en fra lignende tilfeller avgjort i EMD at det som regel er det objektive kriteriet som er avgjørende. Dette fordi det ofte er meget vanskelig å bevise subjektiv upartiskhet. EMD slo som sagt i *Findlay v. UK (RJD 1997 s. 263)*<sup>16</sup> fast at den britiske krigsretten i Nord-Irland ikke var upartisk og uavhengig slik EMK artikkel 6 krever det. Dette på grunn av den sentrale rollen en offiser, som hadde sterke forbindelseslinjer til påtalemyndigheten, hadde i straffeforfølgningen. Denne offiseren kunne i visse tilfeller unnlate å bekrefte krigsrettens avgjørelser. Domstolens holdning ble fulgt opp i blant annet *Coyne v. UK (RJD 1997 s. 1842 (pkt 54-58))*, samt *Hood v. UK og Cable v. UK (RJD 1999 s. 465)*. Videre ble det i *Incal v. Tyrkia (RJD*

---

<sup>16</sup> Se note 13.



1998 s. 1547) slått fast at krenkelse av artikkel 6 forelå hvor en særdomstol for rikets sikkerhet med et militært medlem domfelte en sivil politiker. Dette resultatet ble så fulgt opp i *Ciraklar v. Tyrkia* (RJD 1998 s. 3059 (pkt 34-41)) og *Greger v. Tyrkia* (RJD 1999 s. 583).

En må som sagt være klar over at EMK og EMD ikke er bindende for USA, og hva som avgjøres her er ikke direkte anvendelig på de militære kommisjonene. Likevel er det grunn til å se hen til praksis fra EMD. Bestemmelsene er nokså like og jeg kan ikke se noen grunn til at SivPol artikkel 14 burde tolkes annerledes enn artikkel 6 på dette punkt.

Den rettslitteratur som foreligger vedrørende disse kravene hevder ofte at kravet til uavhengighet først og fremst gjelder i forhold til påvirkning fra myndighetene, mens kravet til upartiskhet mer knytter seg til partene og deres forhold. Som påpekt ovenfor flyter disse to termene imidlertid ofte over i hverandre. Og i praksis skilles det ikke alltid mellom de to. Dette er naturlig nok. I en straffesak er staten nemlig part, og det er da ikke lett å operere med klare skillelinjer her.

### 3.2.2.3 "Opprettet i henhold til lov"

Det er videre slått fast i SivPol artikkel 14 at domstolen må være kompetent og etablert ved lov. Begge disse vilkårene er til for å sikre at den juridiske myndigheten er opprettet generelt og uavhengig av den enkelte sak og ikke er resultat av en mer eller mindre vilkårlig forvaltnings/utøvende myndighet.<sup>17</sup> Igjen ser en forbindelsen til uavhengige og upartiske domstoler. Kravet er en begrensning rettet mot ad hoc eller spesialdomstoler.<sup>18</sup>

Ordet "lov" skal forstås autonomt og i snever forstand. Det behøver nødvendigvis ikke være en formell, nasjonal lov. Både ICTY og ICTR er etablert ved resolusjon i Sikkerhetsrådet. Poenget med lovkravet er imidlertid at det må være en generell myndighetsutøvelse som er grunnlaget for "loven" og ikke et enkeltvedtak fra

---

<sup>17</sup> Nowak s. 245.

<sup>18</sup> Se Harris, i ICLQ 1967 s. 356.

forvaltningen. Disse ”lovene” må videre være tilgjengelig for alle borgerne i hele samfunnet, ikke bare statsorganene.

Regelsettet for de militære kommisjonene er gitt av presidenten i form av forordninger. Men Presidenten er ikke noe lovgivende organ. Noen amerikanere taler imidlertid om at det er ”precedence” for militære domstoler opprettet av presidenten når det foreligger krig. Andre mener at det trengs et vedtak fra Kongressen. Disse mener videre at et slikt ikke foreligger. Når dette er sagt er det helt i starten av PMO slått fast at presidenten har myndighet til å utstede en slik ”Order”.<sup>19</sup> Videre slås det fast i sec. 1(b) at presidenten har kompetanse til å erklære nasjonal unntakstilstand (”national emergency”), hvilket han gjorde den 14.september 01. Og videre at alt det som har skjedd etter dette har vært nødvendige skritt (”necessary measures”) som presidenten har kompetanse til å treffe.

For meg er det vanskelig å avgjøre om dette tilfredsstiller lovkravet. Hjemmelsrekken er et amerikansk internt anliggende og det er utenfor rekkevidden i denne analysen å ta stilling til dette. Det jeg imidlertid kan konstatere er at de militære kommisjonene nettopp er slike ad hoc domstoler som ble opprettet i forbindelse med denne spesifikke saken. Og som jeg har pekt på ovenfor, vil man med lovkravet unngå ad hoc domstoler. Man vil forhindre at domstolen opprettes av en feil myndighet. Det kan se ut som om de militære kommisjonene ikke holder mål akkurat her.

Ved siden av å være opprettet ved lov stilles det også krav til selve innholdet i loven. Loven må fastsette domstolens anvendelsesområde, da både faktisk og juridisk.<sup>20</sup> PMO har regler i sec. 2 om hvem som omfattes av forordningen. Videre er det i sec. 3 regler om interneringen av disse personene, og til slutt i sec. 4 er det regler om rettergangen mot disse, se blant annet PMO sec. 4 (a). MCO No.1 er dessuten ett mer utfyllende regelverk, og videre er de åtte instruksjonene med på å skape et komplett regelverk i dette henseende.

---

<sup>19</sup> PMO lyder: ”By the authority vested in me as President and as Commander in Chief of the Armed Forces of the United States by the Constitution and the laws of the United States of America, including the Authorization for Use of Military Force Joint Resolution (Public Law 107-40, 115 Stat. 224) and sections 821 and 836 of title 10, United States Code, it is hereby ordered as follows: .....”.

<sup>20</sup> Nowak s. 245.

### 3.3 Krav til offentlighet

Offentlighetsprinsippet er et fundamentalt prinsipp i en demokratisk stat. Prinsippet er en del av rettssikkerheten for borgerne. En side av det er at rettergangen skal være åpen. Dette gjør at partene og borgerne beskyttes mot hemmelig rettergang og en rettergang uten offentlig kontroll. Videre bidrar offentlighetsprinsippet til å sikre tilliten til domstolene, fordi rettspleien i samfunnet blir synbar. En annen side av offentlighetsprinsippet er at selve domsavsigelsene skal offentliggjøres, se mer om dette i punkt 3.3.3.

#### 3.3.1 Utelukkelse av pressen og offentligheten

Det kan imidlertid unntas fra det grunnleggende prinsippet om offentlighet. Unntakene er å finne i tredje setning av artikkel 14. Likelydende unntak er også nevnt andre steder i konvensjonen. Både artikkel 12(3), artikkel 13, artikkel 18(3), artikkel 19(3), artikkel 21 og artikkel 22(2) har bestemmelser om begrensninger i offentligheten. Avgjørelsen om deler av offentligheten skal utelukkes fra saken blir tatt av domstolen selv i den enkelte sak. MCO No.1 samsvarer her med SivPol artikkel 14 i og med at det er rettens formann som avgjør om rettergangen skal gå for lukkede dører.

Unntak fra offentlighetskravet krever imidlertid – selv om det ikke er nevnt eksplisitt i art 14 – et juridisk hjemmelsgrunnlag.<sup>21</sup> I MCO No.1 er det regler for lukkede rettsmøter. Spørsmålet blir om MCO No.1 er et gyldig hjemmelsgrunnlag for slike unntak. Her kommer poenget nevnt ovenfor vedrørende ”etablert ved lov” inn. Å avgjøre om presidenten har et gyldig hjemmelsgrunnlag er et amerikansk internt anliggende og ikke for meg å ta stilling til.

Det er pressen og den øvrige offentligheten, det vil si alle utenom forsvarerne, partene og deres pårørende, som kan utelukkes fra rettergangen. Problemet blir da om det i forhold til dette er tilfredsstillende at siktede og hans sivile forsvarer kan utelukkes fra rettergangen, jfr. MO No. 1 pkt 6 (B). En ting er at hele eller deler av offentligheten ekskluderes fra rettergangen. Det kan være gode grunner for at slikt gjøres. Noe annet

---

<sup>21</sup> Se Nowak s. 250

og meget mer kontroversielt er at siktede selv og hans sivile forsvarer kan ekskluderes. Se mer om dette under tilstedeværelse i punkt 3.4.3.

### 3.3.2 Ekskluderingsgrunnene

Grunnene for å ekskludere noen fra rettergangen kan blant annet være sedelighet, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn. Det vil i første omgang være sistnevnte som vil være aktuelt ved de militære kommisjonene.

Med ”sedelighet” menes moral. Dersom det er i strid med den generelle moraloppfatning i samfunnet at det er en åpen rettergang, kan pressen og offentligheten utelukkes. Slikt vil eksempelvis være hvor det er tale om tilfeller hvor det forligger grov pornografi, som for eksempel barnepornografi, saker om grove voldtekter og lignende. I disse tilfellene ville offentlighet videreført det rettergangen tar sikte på å begrense, og da vil hensynet til sedelighet tilsi at rettergangen skal gå for lukkede dører.

”Offentlig orden” relaterer seg først og fremst til ro og orden innenfor rettssalens dører. Er det eksempelvis en fare for opprør og lignende i rettssalen kan det legitimere helt eller delvis utelukkelse av for eksempel en gruppe mennesker. Her må man imidlertid ikke komme i konflikt med diskrimineringsforbudet i artikkel 14 og i artikkel 2 (1).

”Nasjonal sikkerhet” relaterer seg blant annet til hemmelighold av etterretning og militær informasjon. Det er i MCO No.1 pkt. 6 (B) (3) oppregnet hvilke grunner som kan føre til at deler av rettergangen holdes lukket. Det er blant annet vist til hensyn til hemmeligholdt og sensibel informasjon, fysisk sikkerhet for rettens deltagere, samt nasjonal sikkerhet. Det er liten tvil om at rettergangen kommer til å omhandle og omtale informasjon som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet. Det kan imidlertid ikke være slik at eksempelvis bevis som er hemmelig også skal være hemmelig overfor siktede og hans forsvarer. Dette vil i så fall innebære et alvorlig brudd på hans rett til å forsvare seg. Unntaket i SivPol artikkel 14 tredje setning er imidlertid siktet mot offentligheten og pressen. Det foreligger etter artikkel 14 ingen adgang til å benytte seg av unntakene overfor siktede. Spørsmålet blir derfor om det ved de militære kommisjonene er grunn til å utelukke offentligheten på grunn av nasjonal sikkerhet. Det

er klart at USA og de vestlige land forøvrig befinner seg i en litt annerledes situasjon etter angrepet 11. september 2001. Terror er imidlertid ikke noe som kom først med 11. september. Det har skjedd terrorhandlinger i mange år uten at det har gitt grunnlag for å handle slik amerikanerne nå gjør overfor fangene på Guantanamobasen. Dog har de tidligere terrorhandlingene ikke vært så omfattende og klare angrep på et demokratisk, vestlig samfunn. Angrepet den 11. september hadde en relativt sterk symbolsk kraft. Man ble minnet på at ingen kan være trygge.

Ser man hen til den amerikanske etterretning og deres spioner isolert taler hensynet til disse at rettergang for lukkede dører er berettiget. Hensynet til siktede derimot tilsier at rettergangen bør være åpen. Dette for å sikre at siktedes rettssikkerhetsgarantier blir overholdt, samt at rettergangen og dommen forøvrig blir rettferdig. Flere menneskerettighetsorganisasjoner, så som Human Rights Watch og Amnesty International,<sup>22</sup> har kritisert myndighetene for å utsette fangene på Guantanamobasen for en behandling som bryter med internasjonale menneskerettigheter. Fangene har ikke blitt fremstilt for varetektsfengsling ved en domstol. Dessuten risikerer de dødsstraff. Etter dette mener de å påstå at fangene har blitt frarøvet noen av sine internasjonale menneskerettighetsgarantier. Og dette gjør sitt til at det da er særs viktig å ha en åpen rettssak slik at man kan kontrollere at siktedes rettigheter blir ivaretatt. I tillegg kommer poenget om tillit og åpenhet ved domstolene, som nevnt ovenfor.

MCO No.1 slår fast at ekskludering kan begrunnes i sikkerhet for siktede og retten for øvrig.<sup>23</sup> Først å fremst tenkes det her på vitner, men også siktedes vitnemål og bevisføring. Ved rettergangen vil et omfattende nettverk bli rullet opp og det er liten tvil om at visse mennesker vil kunne gå langt for å redde seg selv eller dette nettverket. I så måte kan amerikanernes argument om sikkerhet være velbegrunnet.

Unntak ”på grunn av privatlivets fred” kan jeg ikke se får noen som helst anvendelse ved de militære kommisjonene. Videre er ikke unntaket nevnt i MCO No.1.

---

<sup>22</sup> Se blant annet artikkel fra Amnesty International s. 8 flg.

<sup>23</sup> Teksten i MCO No.1 lyder ”rettens deltakere”, jeg tolker det dit hen at det også omfatter tiltalte.

Atter et unntak etter tredje setning er ”i den utstrekning retten finner det strengt nødvendig når offentlighet på grunn av ekstraordinære forhold vil skade rettferdighetens interesser”. Unntaket ser med engang omfattende ut, men det er imidlertid meget snevert. Det er bare ved de helt ekstraordinære og meget spesielle tilfellene at saken kan gå for lukkede dører etter dette unntaket. Å utelukke offentligheten og pressen må generelt unngås så langt det er mulig.

### 3.3.3 Offentliggjøring av dommen

Etter SivPol artikkel 14 tredje setning i.f. påhviler det en plikt til å offentliggjøre domsavsigelsen. Denne plikten er nær sagt absolutt, bortsett fra ved mindreårige og ekteskap - eller foreldremyndighet/vergemålsaker.

Både ordlyden og historikken bak artikkel 14 viser at “static publicity” nyter en sterkere beskyttelse enn hva offentlighetsprinsippets andre del gjør. ”Static publicity” sikter til at dommen skal offentliggjøres, mens med offentlighetsprinsippets andre del menes at rettergangen skal holdes åpen for offentligheten. Det sistnevnte omtales gjerne som “dynamic publicity of the trial”.<sup>24</sup> Det er nemlig under ethvert tilfelle forbudt med hemmelige dommer (dog noen få modifikasjoner som det ikke er grunn til ta opp her, jfr. første avsnitt).

Å offentliggjøre dommer er et viktig ledd i å sikre borgernes rettssikkerhet. For å kunne forsikre seg om at de rettssikkerhetsgarantier man har blir fulgt av de dømmende organene er det meget viktig at man får kjennskap til dommen. Det er dessuten tale om offentliggjøring av hele dommen. Dog kan det av hensyn til de unntakene som er eksplisitt nevnt i artikkel 14 tillates ”sladding” av deler av dommen.

Et viktig poeng er videre at dommen skal offentliggjøres for allmennheten generelt. Det foreligger eksempelvis krenkelse dersom dommen bare gjøres tilgjengelig for noen grupper av befolkningen. Se for eksempel østerrikske høyesterettsdommer, som bare er tilgjengelige for juridiske professorer, og da bare for akademiske formål.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Nowak s. 248 og 253.

<sup>25</sup> Se Nowak note 93 s. 253.

Det er en logisk sammenheng mellom statisk og dynamisk offentlighet<sup>26</sup>. Hvis for eksempel offentligheten ble ekskludert fra saken på grunn av privatlivets fred, da vil dette i seg selv gi lovhjemmel til å holde deler av domsavsigelsen hemmelig. Hemmelighold gjennomføres her ved for eksempel å gjøre det anonymt, eller ta bort de deler av dommen som tilsier hemmelighold.

Interessant i forbindelse med offentlighetsprinsippet er dommen *Riepan v. Østerrike* (RJD 2000-XII s.1-18) fra EMD. I sakens første instans ble forhandlingene holdt i fengselet. Domstolen slo fast at dette i seg selv ikke var i strid med offentlighetsprinsippet i EMK artikkel 6 (hvilket for øvrig er sammenfallende med prinsippet i SivPol artikkel 14). Det var heller ikke i strid med prinsippet at tilhørere måtte underkaste seg identitets – og sikkerhetskontroll for å komme inn. Det måtte imidlertid kreves at allmennheten kunne få opplysninger om dato og sted for rettsforhandlingene, samt at stedet rettergangen ble holdt var lett tilgjengelig. Domstolen mente at dersom rettsforhandlingen ikke finner sted i vanlige rettslokaler, må staten treffe særlig tiltak for å sikre at tilstrekkelig kunnskap og tilgjengelighet kommer frem til borgerne. Videre fant Domstolen at det forelå krenkelse i *Engel v. Nederland* (A 22, 1976) hvor den militære høyesterett hadde holdt disiplinærsaker mot soldatene for lukkede dører. Til tross for at dette ikke innebar noen negative konsekvenser for de siktede forelå det brudd på offentlighetsprinsippet.

Det er ingen grunn til ikke å føre disse tolkningene over på artikkel 14. De siktede skal prøves på selve Guantanamo-basen, hvilket ikke er særlig lett tilgjengelig for menigmann. Videre skal rettsmøtene underkastes strenge ”sensur”regler. Etter all formodning samsvarer ikke regelsettet med SivPol artikkel 14 på dette punkt.

### 3.4 Siktedes rett til forsvar

SivPol artikkel 14 tredje ledd har visse minimumsgarantier. Ordlyden viser at de rettighetene som er oppregnet i litra a) til g) ikke er uttømmende. De er

---

<sup>26</sup> Se Nowak s. 253.

minimumsgarantier som er nødvendige, men ikke alltid tilstrekkelige for å tilfredsstille kravet til en rettferdig rettergang. Dette selv om kravene i artikkel 14 første og annet ledd også er oppfylt.

### 3.4.1 Underretning

Siktede har etter artikkel 14 tredje ledd litra a) en rett til å bli underrettet, og det omgående, om innholdet av og grunnene i siktelsen mot ham. Dette innebærer ikke bare et krav på å få vite beskrivelsen av de straffebrudd aktoratet mener har funnet sted. Men også krav på å få vite de underliggende fakta som aktoratet støtter seg på. Det må redegjøres for grunnen til siktelsen. Dette innebærer at en må beskrive de faktiske handlinger som ligger til grunn. Det må også opplyses om hvordan den faktiske handlingen karakteriseres rettslig. Videre skal informasjonen som gis være detaljert, det vil si i enkeltheter. Akkurat hvor grundig en må gå tilverks må avhenge av den konkrete saken og omstendighetene rundt den. Informasjonen som gis må imidlertid være tilstrekkelig til at siktede skal kunne benytte seg av retten til forvar etter litra b). Disse to kravene (i artikkel 14-3 litra a) og b)) henger nøye sammen. Siktede må gis en mulighet til å få med seg og forstå hva som skjer, dette for å kunne forsvare seg effektivt.

Underretningen skal skje omgående. Hva som ligger i ”omgående” finnes det ikke ett fasitsvar på. Det vil naturligvis variere fra sak til sak. Og en må foreta en konkret vurdering. Det er å anta at tidsbegrensningen er vesentlig kortere her enn hva den er i retten etter litra c). Etter GC 13/21 § 8 krever ordlyden ”omgående” (”promptly”) at informasjonen gis ”as soon as the charge is first made...”. Med dette forstås så fort det foreligger en siktelse, hvilket det vil gjøre når den mistenkte enten uttrykkelig er betegnet som en siktet eller det er benyttet tvangsmidler mot han. Det er helt klart benyttet tvangsmidler mot fangene på Guantanamo. De ble fengslet for litt over to år siden og de har enda så langt meg bekjent ikke fått underretting om siktelsen. Tidsbegrensningen i artikkel 14 litra a) er etter alt å dømme overskredet.

Informasjonen skal gis på et språk siktede forstår. Med det menes at man må oversette siktelsen til det språk siktede behersker, men dette må ikke nødvendigvis være hans



morsmål. Kravet henger sammen med retten på tolk, se punkt 3.4.5. Begge kravene er for å sikre at siktede får en rettferdig rettergang hvor han forstår hva som skjer. Etter MCO punkt 5 (A) og (J) skal siktede få tiltalen, prosesskrifter og bevisdokumenter på engelsk, og på et annet språk siktede forstår bare dersom det er hensiktsmessig ("appropriate"). Dersom siktede ikke forstår engelsk godt, hvilket med høy sannsynlighet kan være tilfellet, er det ingen garanti for at han vil få tiltalen eller annet av interesse for hans forsvar på det språket han forstår. Dette er kritikkverdig. Å forstå hva som sies og blir gjort mot en er av stor viktighet når det gjelder å forsvare seg selv. Både før og under rettergangen.

### 3.4.2 Forberede forsvar

Litra b) foreskriver siktedes rett til å forberede sitt forsvar – tidsmessig og med hjelp fra en forsvarer siktede selv har valgt. Denne rettigheten overlapper delvis litra d), se nedenfor. Etter britisk oppfordring ble denne bestemmelsen gitt tilsvarende i artikkel 6 (3) (b) i EMK.

Retten gjelder ikke bare for siktede, men også for hans forsvarer(e). Retten gjelder videre for alle deler av rettergangen. En viktig side av muligheten til å forsvare seg effektivt er nemlig at forsvareren har adgang til sakens dokumenter. Videre er siktedes rett til å rådføre seg med en forsvarer han selv har valgt spesielt viktig hvor siktede holdes i varetekt.

Hva som er tilstrekkelig tid og anledning til forberedning vil som vanlig avhenge av omstendighetene ved den enkelte sak. MRK slår fast at tilstrekkelig tid og anledning må innebære at siktede får adgang til alle dokumenter som han krever for å kunne forberede sitt forsvar, samt for å kunne engasjere og kommunisere med en forsvarer.<sup>27</sup> Uttrykket "anledning" innebærer at siktede og hans forsvarer(e) skal få tilgang til alle dokumenter, arkiver og lignende som er nødvendig for å kunne forberede et forsvar. Dette innebærer imidlertid ikke krav på å få alt i kopier, men et krav på å få se det han måtte ønske. Etter regelsettet for de militære kommisjonene er det den offentlige, militære forsvareren som

---

<sup>27</sup> Se GC 13.

vil få tilgang til alle dokumenter og alle deler av rettergangen. Den sivile forsvareren har intet slikt krav, og videre vil denne til og med risikere å bli utvist fra deler av rettergangen. Se mer om dette nedenfor under litra d) om tilstedeværelse.

Etter litra b) har siktede altså en rett til å ha en forsvarer han selv har valgt. Akkurat dette reiser en del problemstillinger i forhold til regleverket ved de militære kommisjonene. Ser en blant annet på MCI No. 4 og No. 5 kan en se at de sivile forsvarerne må tilfredsstille en del kriterier. De må videre skrive under på en avtale der de forplikter seg til en rekke ting. Den sivile forsvareren må aller først søke om å få kunne tjene som forsvarer ved disse kommisjonene. For å kvalifisere seg til dette må han eller henne blant annet sende inn dokumentasjon på at vedkommende er amerikansk statsborger, og at han/henne har autorisasjon til å tjene som advokat ved de føderale domstolene i USA. Videre må søkerne kunne dokumentere at det ikke har forligget noen former for disiplinære eller strafferettslige sanksjoner mot dem noen gang. Alt dette er i seg selv ikke så oppsiktsvekkende. Det som er spesielt ved utvelgelsen av de sivile forsvarerne er imidlertid at det er "the Chief Defense Counsel"(CDC) som skal vurdere og avgjøre om søkerne får være en forsvarerkandidat i den sivile forsvarerstaben. CDC er den offentlig oppnevnte militære sjefsforsvareren. Siktetes valg er med dette altså ikke helt fritt. Han må velge en av de forsvarerne som står på "listen".

Og videre vil man kunne si at CDC gis en form for vetorett. Han kan sette en stopper for at en forsvarer ved at han ikke får komme med i den forsvarerstaben som siktede kan velge fra. Det er videre høy usikkerhet rundt hvilke kriterier sjefsforsvareren vil se etter i sin avgjørelse. Dette er i og for seg relativt betenkelig.

Videre kan man ut fra retten til forsvar i artikkel 14 tredje ledd (ordlyden "rådføre" og "forsvare seg") slutte at det kreves at siktede skal kunne samtale og kommunisere med sin forsvarer under full respekt for "the attorney-client privilege".<sup>28</sup> Med dette menes at man skal gi deres samtaler den diskresjon og fortrolighet som er nødvendig for at en forsvarer skal kunne arbeide etter de gjeldende profesjonsstandarder. Forsvareren skal

---

<sup>28</sup> Se GC 13.

kunne drive sitt arbeide for klienten uten instruks, innflytelse eller press fra andre kanter.

Også etter regelen i EMK innebærer retten til forsvarer at siktede skal kommunisere med advokaten uten påhør av andre.<sup>29</sup> Dersom dette kravet ikke opprettholdes vil forsvarerens bistand bli lite nyttig for siktede, noe både SivPol artikkel 14 og EMK artikkel 6 nettopp er satt opp for å unngå.

Etter reglene for de militære kommisjonene må den sivile forsvareren som nevnt skrive under på en avtale. Denne avtalen sier blant annet at forsvareren godtar at hans samtaler med klienten kan bli avlyttet. Forsvareren er etter de amerikanske retningslinjene<sup>30</sup> etisk forpliktet til å opplyse sin klient om muligheten for avlytting. Dessuten slår MRK fast at siktede, eller hans forsvarer om han velger å ha en, må ha rett til å "act diligently and fearlessly in pursuing all available defences and the right to challenge the conduct of the trial if they believe it to be unfair".<sup>31</sup> Med dette menes at siktede og hans eventuelle forsvarer må kunne opptre i siktets beste interesse. Hele forholdet mellom forsvareren og hans klient bygger som sagt på tillit og fortrolighet til hverandre.

Det er nærliggende å tro at dersom påtalemyndigheten vil få tilgang til hva som sies dem i mellom, vil klienten forholde seg taus om en rekke ting. De siktede, både de som vet de er skyldige og de som ikke er det, vil vegre seg for å komme med informasjon. Også informasjon som det vil være i myndighetenes interesse om kommer frem, informasjon som kan hjelpe etterretningen. Siktets grunn til å forholde seg taus kan være at de frykter represalier eller frykter at denne informasjonen kan bli brukt mot dem ved en senere anledning. MCO No.1 sier riktignok at den informasjon som kommer frem ved avlyttingen ikke skal kunne brukes mot ham. Siktede selv vil naturligvis antagelig ikke stole fullt og helt på denne forsikringen.

---

<sup>29</sup> Dette ble avgjort i saken *EMD S v. Sveits (A 220, 1991)*, hvor det var tilsyn mellom advokaten og klienten.

<sup>30</sup> Se "ABA, Standards for Criminal Justice, Prosecution function and defense function" standard 4-3.1.

<sup>31</sup> Se GC 13.

De sivile forsvarerne vil antagelig ikke oppnå den kontakt og det tillitsforhold som er nødvendig for at de skal kunne opprette et rettferdig forsvar. Ser en hen til den interne diskusjonen i det amerikanske forsvarermiljøet ser en at blant annet dette med avlyttingen har vært problematisk. The National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL) har faktisk frarådet sine medlemmer å stille opp som sivil forsvarer ved de militære kommisjonene. Kort sagt anså de at regelsettet som helhet ikke kunne aksepteres da det hindret forsvarerne i å gjøre en forsvarlig og god jobb. Det kan etter dette se ut som om reglene i MCO No.1 er i strid med hva som gjelder etter SivPol artikkel 14 på dette punkt.

### 3.4.3 Tilstedeværelse og adgang til å forsvare seg

Etter litra d) har siktede en rett til å få være tilstede under rettergangen, samt en rett til å forsvare seg – personlig eller ved hjelp av en forsvarer. Dette kan deles opp i en liste av fire individuelle rettigheter; rett til å forsvare seg selv personlig, rett til å velge sin egen forsvarer (jfr. litra b), rett til å bli informert om retten til forsvarer samt rett til å motta gratis juridisk rådgivning.

Det fremtrer som noe usikkert om denne regelen innebærer en plikt for staten til å opprette en ordning med automatisk oppnevning av en forsvarer ex-officio dersom siktede ikke har råd til å engasjere en på egenhånd.<sup>32</sup> EMD<sup>33</sup> har imidlertid slått fast at der hvor tiltale ikke ønsker å representere seg selv, må siktede ha adgang til juridisk bistand etter eget valg. Og videre; dersom siktede ikke har nok midler til å betale en slik forsvarer, har han krav på vederlagsfri bistand dersom dette er i rettferdighetens interesser. For tilsvarende spørsmål ved SivPol artikkel 14 har man ingen autoritativ avgjørelse. Jeg kan imidlertid ikke se grunner som taler for at situasjonen skal behandles annerledes ved artikkel 14 enn ved EMK artikkel 6. Etter en systemfortolkning ser en altså at artikkelen gir en siktet for en straffbar handling en grunnleggende, uinnskrenket rett til å få være tilstede og forsvare seg ved rettergangen.

---

<sup>32</sup> Se Nowak s. 258.

<sup>33</sup> Se EMD Pakelli v. Tyskland (A 64, 1983).

Etter SivPol artikkel 14 har siktede altså et fritt forsvarervalg så lenge han har råd til denne. (Om valget er fritt, se ovenfor under punkt 3.4.2. vedrørende litra b)) Dersom siktede mangler de økonomiske midlene til å betale denne forsvareren, har han krav på at det oppnevnes en forsvarer uten kostnad for ham. Denne må da nødvendigvis ikke være den forsvareren siktede har valgt ut. Det er nemlig ikke opp til ham hvem denne gratis forsvareren blir. I så måte er MCO No.1 i tråd med artikkel 14. Når retten oppnevner en forsvarer skal de imidlertid ta hensyn til siktede ønsker. Regelverket ved de militære kommisjonene tilsier at det skal oppnevnes en militær forsvarer. Denne er uten kostnad for siktede, men uten fritt valg med henhold til hvilken person. Reglene vedrørende den sivile forsvareren tilsier at denne skal gå for siktedes egen kostnad, men til gjengjeld er valget tilsynelatende fritt. Hvor fritt dette valget i realiteten er, har jeg drøftet ovenfor.

Siktede har en rett til tilstedeværelse. Også ved ICC har siktede en rett til å være tilstede ved sin rettergang.<sup>34</sup> Etter MCO NO.1 kan siktede ekskluderes fra rettsmøtene dersom rettens formann finner det passende. Rent intuitivt ser det ut som om at dette er i strid med SivPol artikkel 14.<sup>35</sup> Dog er det slik at siktede vil bli representert gjennom sin militære forsvarer. Retten til tilstedeværelse gjelder imidlertid også siktedes forsvarer. Etter MCO No.1 kan rettens formann utvise den sivile forsvareren fra deler av rettergangen. Dersom en slik utvisning finner sted vil det betraktelig hemme forsvarerens mulighet til å gjøre arbeidet sitt. Og dette kan innebære at den siktede ikke vil få en slik rett til forsvar som han har krav på etter SivPol artikkel 14. Dog er det verdt å merke at den militære forsvareren alltid vil være tilstede. Likevel er det et poeng i at enhver sivil forsvarer må gjennomgå den høyeste form for sikkerhetsklarering for å kunne stille opp som forsvarer. Dette begrenser behovet for å utvise ham. Det vil da lenger ikke foreligge tungtveiende sikkerhetsmessige grunner til å begrense forsvarerens adgang til å være tilstede.

MCO pålegger forsvareren plikter som en ikke finner igjen i det interne amerikanske systemet. Det er for eksempel intet krav i "courts-martial" at den sivile forsvareren skal

---

<sup>34</sup> Rome Statute of the International Criminal Court article 63.

<sup>35</sup> Jfr. her det jeg har drøftet ovenfor i pkt. 3.2.1 fjerde avsnitt.

være amerikansk statsborger. Videre er det intet krav om sikkerhetsklarering før de kan representere en tiltalt i en terrorsak eller en sak om nasjonens sikkerhet.<sup>36</sup> Etter all formodning er regelverket for de militære kommisjonene her i brudd med hva som gjelder etter retten til forsvarer i SivPol artikkel 14.

Retten til bistand fra advokat er videre krenket dersom siktede overhodet ikke får noen forsvarer.<sup>37</sup> Dette både før (litra b) og under (litra d) rettergangen. Dette gjelder også der hvor siktede bare i en begrenset periode er uten forsvarer. Eksempelvis er det av stor viktighet at siktede har en forsvarer ved sin side under de aller første avhørene. Dette fordi det siktede sier under disse møtene er av stor viktighet for sakens videre gang. Dette kom opp for EMD i saken *John Murray v. UK* (RJD 1996 s. 30). Her ble en siktet i en terrorsak nektet juridisk bistand i de første 48 timene av avhør. Blant annet fordi det dreide seg om en helt avgjørende fase i saken, og hvor det spilte stor rolle hvordan siktede forklarte seg forelå det krenkelse av artikkel 6. Det er imidlertid også viktig for siktetes rettssikkerhet at han har bistand under rettsmøtene og rettergangen for øvrig. Nettopp på grunn av dette er det betenkelig at hans forsvarer og han selv kan vises ut av rettsmøtet. Det avgjørende blir om en kan si at det hele er i samsvar med det overordnede prinsippet om rettferdig rettergang.

Med dette kommer problematikken om fangene på Guantanamo-basen og deres rettigheter opp. De har vært fengslet i lange tider, og det er ikke oppnevnt forsvarere for dem, ei heller har de fått ha kontakt med andre mennesker. De var/er avskåret fra enhver kontakt med både de andre innsatte og de utenfor fengselet. Det ble imidlertid etter hvert tillatt med representanter fra Internasjonale Røde Kors på basen og videre ble det oppnevnt en imam som de innsatte kunne prate med. Etter hvert fikk de også mulighet til å skrive brev hjem til familien, dog under streng kontroll.<sup>38</sup> Det har videre vært rettet sterk kritikk mot amerikanske myndigheter blant annet fordi det har vært minimal informasjon til de innsatte. Vi er med dette over på retten til underretning, jfr. punkt 3.4.1. En slik underretning - om den i det hele tatt har kommet - så har den kommet for sent. Mange av fangene har verken fått vite hvorfor de er fengslet eller hvor lenge de

---

<sup>36</sup> Se "Annotated Guide.....National Institute of Military Justice" s. 28.

<sup>37</sup> Se Møse s. 378.

<sup>38</sup> Se Lelyvelds artikkel i The New York Review s. 62-68.

kommer til å sitte der. Dette er meget kritikkverdig. Å utdype dette ytterligere vil imidlertid føre meg mer over på SivPol artikkel 9 om frihetsberøvelse, hvilket jeg ikke har for øyet i denne analysen.

#### 3.4.4 Å avhøre vitner

Siktede har etter litra e) en rett til å føre vitner. Begrepet vitner er autonomt. Det er dessuten i konvensjonspraksis fra EMD gjort klart at vitner også kan omfatte sakkyndige. Praksis viser dog at denne retten ikke er absolutt. Siktede må finne seg i at vitner blir ført mot ham. Og vitneførselen skal videre skje på samme betingelser som de vitner som føres mot ham.

Det er i utgangspunktet opp til de nasjonale domstolene å vurdere fremlagte bevis, samt betydningen disse har. Og det er opp til de om det i det hele tatt er nødvendig å innkalle og avhøre ethvert vitne siktede krever.<sup>39</sup>

Etter MCO No.1 skal rettens formann avgjøre hvilke bevis som skal kunne fremmes. Dersom et bevis har bevisverdi for en fornuftig person ("probative value to a reasonable person") skal beviset tillates ført, se MCO No.1 punkt 6 (D).

Retten til å få føre vitner har en side mot kontradiksjonsprinsippet, som igjen har sammenheng med likhetsprinsippet, se punkt 3.2.1. Dersom den annen part fører et vitne tilsier kontradiksjonsprinsippet at siktede skal få kryssforhøre dette vitnet. Denne retten er sikret i litra e). Videre sikrer dette til en viss grad likestillingsprinsippet, ved at dersom aktor kan forhøre et vitne i de tilfeller hvor siktede eller hans forsvarere ikke er tilstede, har siktede mistet retten til kontradiksjon.

Det klare utgangspunkt er at bevis, slik som vitner, skal føres i rettsmøter i tiltaltes nærvær med sikte på kontradiktorisk behandling. Dersom den ene part ikke får kommentere materiale og beviser den annen part fører, blir behandlingen av dem ulik og likhetsprinsippet dermed krenket. Konvensjonspraksis fra EMD har slått fast at begge

---

<sup>39</sup> Se Møse s. 381.

parter må ha mulighet for å få kunnskap om og kommentere anførsler fra den annen parts side. Det nasjonale rettssystemet kan oppfylle disse kravene på ulike måter, men det er i det minste blitt krevd at parten skal bli gjort klar over at det foreligger bemerkninger fra den annen part, og parten skal gis en reell mulighet til få kommentere disse.

I forbindelse med dette har det vært en del saker i praksis om opplesning av forklaringer ved hovedforhandlingen. Slik opplesning og ”hearsay” vitneførsel er tillatt etter MCO No.1. Problematikken rundt opplesning var første gang opp i EMD i saken *Unterpertinger v. Østerrike (A 110, 1986)*. Det var her tale om opplesning av politiforklaringer. Siktete var tiltalt for mishandling mot kone og datter. Disse to benyttet seg av retten til ikke å møte i retten, og dermed ble deres forklaringer opplest. Det ble her lagt vekt på at siktede ikke fikk avhørt vitnene om forklaringene deres og at han heller ikke fikk trukket deres troverdighet i tvil. Og i og med at deres forklaringer var det fellende bevis i saken forelå det i følge EMD en krenkelse av artikkel 6. Det er all grunn til å tro at dette kan overføres til retten etter SivPol artikkel 14.

Etter norsk rett er det også tillatt med opplesning av politiforklaringer.<sup>40</sup> Forholdet til EMK artikkel 6 (3) (d) og det overordnede kravet til ”fair trial” gjør imidlertid at det må innfortolkes begrensninger utover det som følger av ordlyden i str.prl.<sup>41</sup> Videre er det etter både norsk rett<sup>42</sup>, statuttene for ICC<sup>43</sup> og ICTY<sup>44</sup> tillatt med anonyme vitner. Anonyme vitner er også tillatt etter MCO No.1 punkt 6 (D) (2). Bruken av dette må dog ikke komme i strid med siktedes rett til kontradiksjon og likhetsprinsippet. Ved anonyme vitner og opplesning av deres forklaringer blir nemlig siktede avskåret fra muligheten til å vise at vitnene kan være forutinntatte, fiendtlig innstilt eller upålitelige. Videre kan rettens formann og meddommerne heller ikke danne seg et eget bilde, sin egen oppfatning av vitnet når vitnet ikke er tilstede i retten. Det er spesielt betenkelig

---

<sup>40</sup> Se str.prl.) §§ 296 og 297.

<sup>41</sup> Høyesterett har tatt stilling til dette flere ganger, se blant annet Rt 1999 s. 757 og Rt 2001 s. 29.

<sup>42</sup> Str.prl. § 130a

<sup>43</sup> Rome Statute of the International Criminal Court article 67 og article 68.

<sup>44</sup> Se Rules of Procedure and Evidence of ICTY, samt Wedgwood.



med anonyme vitner når det er disses vitneførsel som er det avgjørende i saken. En fellende dom vil da lett være i strid med artikkel 14.<sup>45</sup>

### 3.4.5 Tolk

Retten til gratis tolk slås fast i artikkel 14 tredje ledd litra f). Denne retten er særlig aktuell for fangene på Guantanamo-basen. Dette fordi disse personene hovedsakelig er fra arabisktalende land. Det er høyst usikkert om disse forstår engelsk eller hvor gode de i så fall er i språket.

Retten til tolk gjelder uavhengig av utfallet i saken. Retten gjelder videre like mye for utlendinger som for statens borgere.<sup>46</sup> Tvilsspørsmålet er om retten til tolk bare gjelder selve rettsmøtene eller også omfatter oversettelse av alle relevante dokumenter og lignende under saken. Fra ordlyden ”det språk som brukes i retten” må en kunne slutte at i alle fall hele den muntlige høringen må oversettes. Om ordlyden omhandler alle skrevne dokumenter er tvilsomt. Formålet med artikkel 14 er som sagt at siktede skal få en rettfærdig rettergang. Og spørsmålet er da om formålet tilfredsstilles dersom siktede ikke forstår de skrevne dokumenter, så som tiltale, bevis og lignende, som brukes mot ham. Retten til tolk er ”of basic importance in cases which ignorance of the language used by a court or difficulty in understanding may constitute a major obstacle to the right to defense”.<sup>47</sup>

EMD har tolket den tilsvarende bestemmelsen i EMK art 6 (3) (e) meget omfattende.<sup>48</sup> Jeg kan ikke se grunner for at SivPol artikkel 14 ikke skal få tilsvarende anvendelse. På bakgrunn av dette vil de siktede ved militærkommisjonen på Guantanamo-basen ha en konvensjonsbeskyttet rett til tolk under hele rettergangen. I MCO No.1 har man imidlertid ikke knesatt kravet til tolk. Det eneste som omhandler dette er punkt 5 (A) og (J). Her sies det at siktede kan få tiltalen og dokumenter på det språket han forstår dersom det er egnet og formålstjenlig (”appropriate”). Om så er tilfellet avgjøres etter

---

<sup>45</sup> Se EMD *Kostovski v. Nederland* (A 166, 1989)

<sup>46</sup> Se GC 13 § 13.

<sup>47</sup> Se GC 13.

<sup>48</sup> EMD *Lüdicke, Belkacem & Koc v. Tyskland* (A 29, 1978).

all formodning av rettens formann. Etter dette vil reglene for de militære kommisjonene trolig ikke være i tråd med reglene om tolk i SivPol artikkel 14.

At tolken skal være gratis er en absolutt bestemmelse. Dersom siktede tilhører en språklig minoritet eller siktede er utlending, men likevel er tilstrekkelig dyktig i kommisjonens offisielle språk, har han ikke krav på gratis bistand fra en tolk.<sup>49</sup>

### 3.4.6 Selvinkrimineringsforbud

SivPol artikkel 14 litra g) har forbud mot selvinkriminering. Man finner ikke tilsvarende regel i EMK artikkel 6. Selvinkrimineringsforbudet kommer opprinnelig fra engelsk sedvanerett, og er i dag en del av prinsippet om rettssikkerhet og kravet til en rettferdig rettergang. Dette betyr at forbudet også må innfortolkes i artikkel 6.<sup>50</sup>

Prinsippet innebærer at enhver som er siktet for en straffbar handling har rett til å forholde seg taus og ikke bidra til sin egen domfellelse. Forbudet mot - eller friheten fra - selvinkriminering gjelder dog bare for siktede. Vitner kan ikke nekte å forklare seg for retten. Ordlyden ”å bli tvunget til” refererer til flere ulike former for fysisk og psykisk press. Alt fra tortur, som er forbudt etter SivPol artikkel 7, til ulike metoder for utpressing og urettmessig tvang. Samt pålegging av ulike sanksjoner, hvilket er forbudt etter SivPol artikkel 10, er i strid med artikkel 14 tredje ledd litra g). Hvor grensen går her er meget problematisk å fastslå. Til tross for at artikkel 14 ikke uttrykkelig forbyr frempressede tilståelser fra siktede som bevis i straffesaken, oppfordret MRK statene til å ta de nødvendige rettslige skritt slik at slike bekjennelser forbys.<sup>51</sup>

MCO No.1. slår fast at siktede ikke kan tvinges til å vitne.<sup>52</sup> Spørsmålet er om dette innebærer det samme som SivPol artikkel 14 litra g). Selvinkrimineringsprinsippet i artikkel 14 gjelder både ved politiforklaringer under etterforskningen og under den

---

<sup>49</sup> Se Nowak s. 263.

<sup>50</sup> EMD Funke v. Frankrike (A 256-A, 1993).

<sup>51</sup> Se GC 13 § 4.

<sup>52</sup> Videre er det i Den Amerikanske Grunnlovens Fifth Amendment slått fast følgende: ”No person.....shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

senere rettergangen. MCO No.1 prater imidlertid bare om å vitne, og dette under rettergangen.

Det er slått fast i MCO No.1 pkt. 5 (F) at kommisjonen ikke skal trekke noen slutning ut av det faktum at siktede nekter å forklare seg. Praksis fra EMD<sup>53</sup> viser at retten har vektlagt det som et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling har rett til å forholde seg taus og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffefellelse. Dette må gjelde fullt ut etter SivPol artikkel 14 også. I så måte samsvarer MCO No.1 med artikkel 14.

### 3.5 Uensartede garantier

Det er i SivPol artikkel 14 en del rettigheter som ikke naturlig faller inn under noen av de tre kategoriene nevnt ovenfor. Disse rettighetene omhandles derfor her, samlet under betegnelsen ”uensartede rettigheter”. Dette innebærer imidlertid ikke at disse rettighetene er mindre viktige eller ikke like bra beskyttet etter artikkel 14. Det foreligger ingen realitetsforskjell i så måte.

#### 3.5.1 Pådømmelse uten unødig opphold

Siktede har etter SivPol artikkel 14 tredje ledd litra c) rett på en dom så raskt som mulig. Med ordlyden ”pådømmelse” siktes det til hele rettergangen. Både behandling i førstinstansen og i en eventuell ankeinstans. Det menes at hele saken, fra start til slutt, ikke skal ta unødvendig lang tid.

Hva som anses som ”unødig opphold” vil avhenge av en konkret, sammensatt vurdering. Sakens kompleksitet, individets forhold samt myndighetenes forhold vil være retningsgivende.<sup>54</sup> Det vil dog alltid være nødvendig å slå fast når fristen starter og når den slutter. Den starter i utgangspunktet å løpe på det tidspunkt siktede blir informert om at myndighetene går til de rettslige skritt å tiltale ham. Fristen begynner imidlertid

---

<sup>53</sup> Se blant annet Funke v. Frankrike (A 256-A 1993), Saunders v. UK (RJD 1996 s. 2044) og Heaney & McGuinness v. Irland (RJD 2000-XII s. 419-443).

<sup>54</sup> Se praksis fra EMD i 1960 årene.

under en hver omstendighet å løpe når vedkommende blir utsatt for tvangsmidler slik som fengsling. Fristen begynte altså å løpe da de siktede ble fengslet, for ca to år siden. Fristen slutter å løpe da det er truffet en endelig avgjørelse, hvilket enda ikke er skjedd i disse tilfellene.

Retten til å få sin sak pådømt uten unødig opphold er meget aktuelt vedrørende de siktede på Guantanamo. Fangene er holdt fengslet i mer eller mindre to år. Og dette uten siktelse, tiltale eller pådømmelse. Det er bare seks personer av over seks hundre som har fått beskjed om at de vil bli tiltalt. Noen tiltale foreligger imidlertid ikke på dette tidspunkt så vidt jeg vet.

Sakens kompleksitet peker hen til både de rettslige og de faktiske forhold som reiser seg. I tillegg kommer sakens art, eksempelvis hva som står på spill for siktede. For de siktede ved militærkommisjonene er det meget som står på spill. De er under ”incommunicado” fengsling og risikerer dessuten å bli dømt til døden. Dødsstraffproblematikken har ikke i seg selv noe med artikkel 14 å gjøre, men det har vært sterkt kritisert at dødsstraff er anvendbart. Og nettopp fordi dødsstraffen kan benyttes er det særlig viktig med rettssikkerhet for de internerte. Dette, og det forhold at de siktede sitter fengslet og har gjort det i to år, tilsier at saken bør påskyndes.

Videre kan det hevdes at det til en viss grad er de amerikanske myndighetene som må svare for noe av forsinkelsen. De kunne ha behandlet det hele på en annen måte. På den annen side er det meget kompliserte saker. Omstendigheter som kan forklare tidsbruken er innsamling av bevis i utlandet og oppsporing av vitner. Videre er Al Qaida nettverket problematisk å infiltrere. De opererer ”under jorden” og har et godt grunnlag å arbeide på. Dessuten kan det å operere i utlandet reise vanskeligheter i forhold til kultur, språk og samarbeid.

På den annen side kan det argumenteres for at det er siktede selv som har stått for deler av forsinkelsen. Ved at han eksempelvis ikke har samarbeidet, forholdt seg taus og lignende. Og forsinkelse som skyldes siktedes forhold gir ikke grunnlag for å fastslå krenkelse av ”unødig opphold” klausulen.

Mange av de internerte hevder imidlertid at de bare var på feil sted til feil tid, og at de ikke har noe med Al Qaida eller Osama Bin Laden å gjøre. De amerikanske myndighetene bestrider dette. Dog har verken myndighetene eller de internerte offentlig fremlagt bevis som støtter deres påstand. Riktignok kan det hende at amerikanske myndigheter har informasjon og bevis de ikke vil offentliggjøre for resten av verden. De hevder de fortsatt befinner seg i krig, og av den grunn vil de ikke gi ut informasjon som kan være avslørende. De internerte har av amerikanerne blitt oppfattet som meget farlige mennesker, og det var et nærmest akutt behov for å fengsle dem. Dette for å hindre de i å foreta flere terrorhandlinger. Her er det imidlertid store uenigheter, og de ovenfornevnte kriteriene trekker i ulike retninger.

I de tilfellene der MRK har funnet brudd på artikkel 14 tredje ledd litra c) har det dreid seg om saker med forsinkelser på flere år og uten at denne forsinkelsen kunne begrunnes med noen spesielle forhold.

Det er nærmest umulig å helt fast konstatere det ene eller det andre. Det hele har dog tatt meget lang tid. Og dette uten at det har fremkommet noen spesielle begrunnelser for tidsbruken. Jeg er tilbøyelig til å si at SivPol artikkel 14 på dette punkt er krenket. Som D. Jones sa det i sin artikkel (JURIST Guest Columnist); "justice delayed is justice denied". På den annen side viser både praksis fra Norge og praksis fra de internasjonale straffedomstolene at straffesaker har en tendens til å ta lang tid. Så her er det vanskelig å konstatere om det foreligger brudd eller ikke.

### 3.5.2 Uskyldspresumsjonen

Uskyldspresumsjonen finner man i SivPol artikkel 14 annet ledd. Siktete skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist. Og det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden. Dessuten skal all tvil komme siktete til gode. Uskyldspresumsjonen er utslag av prinsippet om rettferdig rettergang, og en rettssikkerhetsgaranti som er vel etablerte i de aller fleste demokratiske samfunn.

Prinsippet innebærer blant annet at retten ikke må begynne rettsforhandlingene med den oppfatning at tiltalte er skyldig. En ser her linjen til prinsippene om uavhengige og

upartiske domstoler, jfr. punkt. 3.2.2. Uskyldspresumsjonen har ikke bare betydning for kommisjonen, men også for andre offentlige myndigheter. Plikten til å anse tiltalte uskyldig inntil det motsatte er bevist påligger ikke bare dommerne eller en jury. MRK har understreket at det også påligger en plikt for alle offentlige myndigheter. De offentlige myndigheter har en plikt til å behandle den tiltalte som uskyldig, samt å ikke ta forhåndstandpunkt til utfallet av rettergangen. Og man antar videre at en slik plikt også påligger hele resten av samfunnet, så som media og andre maktgrupper.<sup>55</sup> Brudd på denne plikten er imidlertid meget vanskelig å bevise. Jmfør her drøftelsen ovenfor i pkt. 3.2.2. da dette lett flyter over i kravet til upartiskhet.

MCO No. 1. slår fast at uskyldspresumsjonen skal gjelde ved de militære kommisjonene. Dog har forsvarsministeren uttalt at de internerte er blant de ”most dangerous, best-trained, vicious killers on the face of the earth” og at de er ”hard-core, well-trained terrorists”. Videre uttalte President Bush 17 juli dette året følgende; ”the only thing I know for certain is that these are bad people”.<sup>56</sup>

Ser en hen til praksis fra EMD vil en se at slike uttalelser fra offentlige personer er betenkelig. EMD tok tidlig det standpunkt at artikkel 6 skulle tolkes generelt. Ingen offentlig representant for staten kan tillates å si offentlig at en person er skyldig i et lovbrudd, før slik skyld er fastslått av en domstol.<sup>57</sup> I en annen sak<sup>58</sup> var det slik at innenriksministeren og høytstående polititjenestemenn på en pressekonferanse hadde uttalt at klageren var en av dem som stod bak et drap. Disse utsagnene ble gjengitt i to fjernsynskanaler. Domstolen slo fast at uskyldspresumsjonen ikke bare kunne krenkes av en dommer eller domstol, men også av andre offentlige myndigheter. Uttalelsene på pressekonferansen skjedde like etter at klageren var blitt arrestert, og hadde direkte sammenheng med etterforskningen. Art 6 (2) var derfor anvendelig. Videre dreide det seg om utsagn fra høytstående politirepresentanter som uten forbehold nevnte at klageren hadde medvirket til drapet. En slik uttalelse om hans skyld kunne medføre at opinionen anså ham skyldig, og kunne ha innvirkning på judisielle myndigheters

---

<sup>55</sup> Se Nowak s. 254.

<sup>56</sup> Se artikkel fra Amnesty International.

<sup>57</sup> Se EMD Petra Krause v. Sveits (DR 13, 1979) hvor kommisjonen tolket en uttalelse den sveitsiske justisministeren gav under et fjernsynsintervju, slik at han likevel ikke hadde tatt stilling til hennes skyld.

<sup>58</sup> Se EMD Allenet de Ribemont v. Frankrike (A308, 1995)

bevisvurdering. Bestemmelsen var derfor krenket. Etter all formodning vil både presidentens og forsvarsministerens uttalelser kunne ha samme effekt.

Videre ser en at EMD i prinsippet holder muligheten åpen for at publisitet før rettssaken, for eksempel i form av en pressekonferanse, kan krenke uskyldspresumsjonen. Det avgjørende blir i slike tilfeller om slik publisitet kan tenkes å ha påvirket retten.

Riktignok gjelder denne praksis EMK artikkel 6 og dermed ikke direkte anvendelig overfor USA. Det er imidlertid mye som taler for at de samme prinsippene er retningsgivende også etter SivPol artikkel 14. Videre er saksforholdet ved sistnevnte dom meget lik det tilfellet vi har forelagt oss her. Etter dette er jeg tilbøyelig til å si at det her foreligger brudd på SivPol artikkel 14.

### 3.5.3 Anke-/Overprøvelsesretten

Overprøvelsesretten finner man i SivPol artikkel 14 femte ledd. Man finner imidlertid ikke tilsvarende regel i EMK artikkel 6.

Etter artikkel 14 må anken innebære en prøvelse av både domfellelsen og straffeutmålingen. Det må foretas en "genuine and timely review".<sup>59</sup> Med dette menes en seriøs, virkelig og rettidig prøvelse. Det må være en reell og gyldig gjennomgang av dommen. Prøvelsen må gjøres av en høyere domstol som også må tilfredsstille kravene til en rettferdig rettergang etter artikkel 14.<sup>60</sup>

Retten etter 5 ledd er en rett for alle personer dømt for en straffbar handling, uten unntak. Retten gjelder ikke bare de mest graverende straffesakene. Som Nowak (1993) kommenterer i sin bok; "particular attention is drawn to the other language versions of the word "crime" ("infraction", "delito", "prestuplenie") which show that the guarantee is not confined only to the most serious offences".

---

<sup>59</sup> Se Encyclopedia of Human Rights s. 509.

<sup>60</sup> Se Nowak s. 267

Noen av konvensjonspartene har et system hvor visse saker skal gå for konstitusjonelle eller ”supreme” domstoler. Disse er da de øverste domstolene og det er derfor ingen ankemulighet. Landene med dette systemet måtte reservere seg fra artikkel 14 5. ledd. Dette har blitt gjort blant annet av Østerrike, Belgia, Italia, Tyskland og Nederland. USA tok derimot ingen slik reservasjon.<sup>61</sup>

Spørsmålet blir om den form for kontroll som ”the review panel” foretar er i samsvar med kravet til overprøvelse i artikkel 14s forstand. Kontrollpanelet skal som nevnt bestå av tre personer, hvor en av dem skal ha erfaring som dommer mens de to andre skal være militære personer. Disse skal gå gjennom rettsprotokollene fra sakene og se etter om det foreligger feil og mangler av avgjørende betydning. Dette innebærer etter alt å dømme ikke den samme form for full prøvelsesrett som er foreskrevet i SivPol artikkel 14. Kontrollen innebærer ikke en ny forhandling. Panelet kan ikke vurdere nye bevis eller nye forhold som måtte ha kommet opp i saken og de kan ikke selv forandre på noe ved dommen. Dersom de finner at det foreligger vesentlige feil ved dommen må de vise saken tilbake til kommisjonen for videre rettergang.

Etter at kontrollpanelet har gjort sitt vil forsvarsministeren gjennomgå saksdokumentene. Han kan også vise saken tilbake til kommisjonen. Eller han kan henvise den til presidenten med forslag om en ordning. Presidenten vil så enten kunne vise saken til kommisjonen eller komme med en endelig avgjørelse i saken.

Gjennomgangen er innom panelet, forsvarsministeren og tilslutt presidenten. Dette kan gi et inntrykk av at gjennomgangen er tilstrekkelig. Dette blant annet fordi det går gjennom så mange ledd. Men her er det viktig å merke seg at kontrollorganene etter all formodning ikke tilfredsstiller kravet til upartiskhet og uavhengighet. Dette er et krav etter artikkel 14 og kravet er ikke opprettholdt i reglene for de militære kommisjonene. Presidenten og forsvarsministeren er en del av den offentlige forvaltningen, og skal ikke påta seg oppgavene som påhviler den dømmende myndighet. Noe annet ville stride mot maktfordelingen og i så måte også mot SivPol artikkel 14.

---

<sup>61</sup> Se Nowak s. 268, samt <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Statusfrset?OpenFrameSet>.



#### 3.5.4 Mindreårige, dobbeltstraff og erstatning

Etter SivPol artikkel 14 har man også regler om mindreårige, dobbeltstraff og erstatning. Det er høyst usikkert om noen av de seks personene som er siktet er mindreårige. Videre vil det bli en rent hypotetisk drøftelse vedrørende de to siste punktene da det ikke foreligger noe grunnlag for å drøfte dobbeltstraff eller erstatning. Jeg vil ikke komme nærmere inn på disse punktene. Det fremgår heller ikke av materialet at det foreligger omfattende regler om disse punktene i verken PMO eller MCO No.1.

#### 4 Derogasjon etter SivPol artikkel 4.

Derogasjon vil si at man har en rett eller evne til å fravike, delvis oppheve eller gjøre inngrep i en rettsregel.<sup>62</sup> Etter SivPol artikkel 4 kan statene derogere fra noen av bestemmelsene i SivPol. Dog kan dette ikke gjøres hvordan og når som helst. For det første må det foreligge en offentlig kunngjort nødstilstand og denne må true nasjonens liv. Det kan ikke derogeres utover det som er nødvendig og derogasjonen må videre ikke innebære diskriminering eller brudd med andre folkerettslige forpliktelser. I bestemmelsens tredje ledd er det regler om underretting.

De aller fleste stater har regler om at man ved spesielle tilfeller kan fravike de vanlig gjeldende reglene. I Norge har vi det vi kaller konstitusjonell nødrett. Dette er en grunnlovsfestet rett som sier at ved nødssituasjoner kan loven innenfor bestemte rammer fravikes.

Det er ikke nevneverdig mye praksis fra MRK vedrørende artikkel 4. Den første kommentaren<sup>63</sup> til artikkelen var heller ikke særlig omfattende. Dog kom MRK i august 2001 med en fyldigere kommentar til artikkel 4, se ”General Comment No. 29” (heretter GC 29). Før denne kom, viste praksis at det var behov for mer retningslinjer på hvordan artikkel 4 skulle fortolkes. I kjølevannet av dette samlet flere dyktige jurister seg på Sicilia<sup>64</sup> hvor de knesatte de såkalte ”Siracusa Principles”.<sup>65</sup> Siracusa prinsippene ble til ved en ”non-governmental” konferanse hvor 31 eksperter i internasjonal rett deltok.<sup>66</sup> Til tross for at prinsippene ikke er en del av en bindende folkerettslig konvensjon, er de retningsgivende og meget nyttige i tolkningen av artikkel 4, se da særlig prinsippene 39 til 76.

Som jeg har vist i drøftelsen i del 3 kan det se ut som om deler av regelsettet for de militære kommisjonene er i strid med SivPol artikkel 14. Med dette reises spørsmålet

---

<sup>62</sup> Gulbrandsen, Juridisk Leksikon.

<sup>63</sup> General Comment No. 5. av 28 Juli 1981.

<sup>64</sup> Under innkallelse og ledelse av the International Commission of Jurists og dennes American Association, the International Association of Penal Law, the Urban Morgan Institute of Human Rights og the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences.

<sup>65</sup> Se Encyclopedia of Human Rights s. 256-261.

<sup>66</sup> Disse var fra Brasil, Canada, Chile, Egypt, Frankrike, Hellas, Ungarn, India, Irland, Kuwait, Nederland, Norge, Polen, Sveits, Tyrkia, Stor Britannia, USA samt ILO og The UN Centre for Human Rights.

om USA er berettiget til å fravike reglene om rettferdig rettergang med hjemmel i SivPol artikkel 4.

Av artikkel 4 kan en se at adgangen til å derogere er snever. Meningen er også at det skal være slik. Også GC 29 poengterer dette. Sammenholder en menneskerettighetskonvensjonene ser en at adgangen til derogasjon blir snevrere jo nyere konvensjonen er. Mens EMK artikkel 15 fra 1951 har en kort liste over ikke-derogable rettigheter, så har ACHR artikkel 27 fra 1969 en noe lengre liste, mens ”The African Charter on Human and Peoples’ Rights” som er fra 1981 ikke tillater noen form for derogasjon i det hele tatt. Dog har man her ett unntak, og det er ”The Arab Charter of Human Rights” fra 1994 hvor det i artikkel 3 ikke legges noen restriksjoner på derogasjonsadgangen.

Et nødvendig vilkår for derogasjon er at det foreligger en nødstilstand som truer nasjonens liv. Bestemmelsen sier imidlertid ikke mer presist hva som menes med dette. Det er likevel på det rene at det omfatter de tilfeller hvor det foreligger en fare utenfra, men også hvor det er en fare innad i nasjonen. Et eksempel kan være sosial uro innad i landet så som etniske konflikter, geriljakriger eller mer generelle opprør og opptøyer. Dog er det allmenn oppfatning at økonomiske vanskeligheter landet måtte befinne seg i ikke alene kan rettferdiggjøre derogasjon.<sup>67</sup> Med farer utenfra menes naturkatastrofer slik som jordskjelv, stormer, tornadoer eller tyfoner. Bestemmelsen får også anvendelse dersom det foreligger krig med en annen stat. Dette er ikke uttrykkelig nevnt i SivPol artikkel 4, men ordlyden finnes i de tilsvarende bestemmelsene i de andre menneskerettighetskonvensjonene. Både artikkel 15 i EMK og artikkel 27 i ACHR nevner krig. Ordet ”krig” var opprinnelig nevnt også i SivPol artikkel 4, men ble tatt bort da man ikke ville gi det inntrykk at FN aksepterte krig.<sup>68</sup>

Det er liten tvil om at USA i en periode var i krig med Afghanistan. I dag reiser det seg et annet spørsmål. Nemlig om USA fortsatt er i krig. Eller om en snur det; om det fortsatt er krig i USA. Ved en fullstendig analyse av alle spørsmål rundt krigen mot terrorisme måtte man nødvendigvis drøftet og tatt stilling til dette. Det går imidlertid

---

<sup>67</sup> Se Siracusa Principles nr. 41, samt Nowak s. 79.

utenfor min artikkel 14-avgrensningen å gå dypere her. Når dette er sagt vil jeg bare konstatere er at det avgjørende må bli om man kan si at det fortsatt er krig i USA.

Om det foreligger en nødssituasjon i form av krig og dens eventuelle omfang har forbindelse til et annet poeng ved artikkel 4. Etter artikkel 4 må derogasjonen nemlig ikke gå lenger enn det som er nødvendig etter forholdene. Dette gjelder både i intensitet og i tid. Og hva som er nødvendig skal tolkes strengt. Videre skal hva som er strengt nødvendig tolkes i objektiv forstand.<sup>69</sup> Det må være objektivt berettiget å derogere. En må vurdere om krigen mot terrorismen og angrepet den 11. september forårsaket en nødstilstand. Og videre om dette gjør det nødvendig å derogere fra artikkel 14. Og tilslutt om denne nødstilstanden gir rett til å derogere nå to år etter hendelsen.

Det er riktig at det kan være behov for å fravike menneskerettighetsreglene under en nasjonal krise, men det er ikke til å komme bort fra at det også er i disse krisesituasjonene at de fleste brudd på menneskerettighetene skjer. Blant annet av den grunn kan det være ønskelig å begrense derogasjonsadgangen til et minimum.

Derogasjonen må videre være forholdsmessig.<sup>70</sup> Derogasjonen må være proporsjonal med de interesser som skal vernes. Det blir en vurdering av hvor langt det er forsvarlig å gå. Om nasjonens fare kunne vært avverget ved et mindre inngrep vil ha betydning i dette henseende. Siracusa Principles nr. 51 slår fast følgende: "The severity, duration and geographic scope of any derogation measure shall be such only as are strictly necessary to deal with the threat to the life of the nation and are proportionate to its nature and extent". Videre taler GC 29 om "the legal obligation to narrow down all derogations to those strictly required by the exigencies of the situation".<sup>71</sup>

Forholdsmessighetsvurderingen er streng. Eksempelvis ville det være i strid med proporsjonalitetstesten om man på grunn av den nødssituasjonen en flom skaper nektet borgerne å benytte stemmeretten. Dog må man kunne si at man ved flom til en viss grad

---

<sup>68</sup> Nowak s. 78.

<sup>69</sup> Se Siracusa Principles nr. 54.

<sup>70</sup> Jeg tolker dette ut fra ordlyden "...etter forholdene".

<sup>71</sup> Se GC 29, blant annet pkt. 6.

kan nekte folk å bevege seg helt fritt i området. Det vil måtte foretas en konkret vurdering.

Derogasjonen kan videre ikke være i strid med andre folkerettslige forpliktelser staten måtte ha. Det siktes her blant annet til Genevekonvensjonene, men også alle andre forpliktende menneskerettighetskonvensjoner omfattes. GC 29 fremhever i tillegg ”international humanitarian law”.<sup>72</sup>

Dessuten kan ikke derogasjonen innebære noen form for ”forskjellsbehandling bare på grunn av rase, hudfarge, kjønn, språk, religion eller sosial opprinnelse”. Ordlyden ”bare på grunn av” (”solely” i den engelske teksten) har blitt tolket dit hen at det bare er direkte diskriminering som er forbudt etter artikkel 4. Eksempelvis kan en geografisk begrenset unntakstilstand innebære en viss diskriminering av de menneskene som bor i dette området. Slik form for indirekte diskriminering er ikke i strid med artikkel 4.<sup>73</sup> Ved de militære kommisjonene er det bare ikke-amerikanske statsborgere som kan prøves. De som har amerikansk statsborgerskap vil eventuelt få en rettergang ved de føderale domstolene. Er dette direkte diskriminerende? Og sannsynligvis er svaret ”ja”.

Etter artikkel 4 er det to former for underrettelsessystemer. Det ene kommer til syne i første ledd første setning ved at nødstilstanden må være offentlig kunngjort. Den andre underrettingen er slått fast tredje ledd. Kravet etter første ledd pålegger statene en forpliktelse til å legge til rette en nasjonal prosedyre som innebærer at befolkningen blir informert slik artikkel 4 krever. De lovene som fastlegger denne prosedyren må videre være klare og presise.

Det er viktig å merke seg at kravet til offentlig kunngjøring er et vilkår for lovlig derogasjon. Dette betyr at selv om nødstilstand foreligger, bryter staten artikkel 4 dersom de fraviker SivPol uten å offentlig kunngjøre at det foreligger en slik nødstilstand. Her skiller første ledd seg fra underrettingen etter tredje ledd. Sistnevnte er ikke noen nødvendig betingelse eller vilkår for lovlig derogasjon. Etter tredje ledd skal det internasjonale samfunnet varsles (det vil si FNs generalsekretær, som igjen skal gi

---

<sup>72</sup> GC 29 pkt 9.

beskjed til de andre konvensjonspartene), mens varsling etter første ledd først og fremst er rettet mot statens borgere. Borgerne må få vite den nøyaktige betydning, både den territorielle og den tidsmessige rekkevidden de nødvendige forholdsreglene vil ha på deres menneskerettighetsgarantier. Dette for å beskytte borgerne mot overtramp fra myndighetene.

Slik jeg kan se foreligger det ingen offentlig kunngjøring om nødtilstand fra amerikanske myndigheter. Presidenten nevner i PMO at det er en unntakstilstand og at han i forlengelsen av dette har myndighet til å utgi forordninger, men det er ikke noe som tyder på at USA har gått offentlig ut og erklært nødtilstand slik artikkel 4 krever. Ei heller har myndighetene varslet FNs generalsekretær slik de bør gjøre.

Etter artikkel 4 annet ledd er det noen rettigheter i SivPol det ikke er tillatt å derogere fra i det hele tatt. Artikkel 14 er ikke nevnt her. I utgangspunktet betyr dette at man kan fravike bestemmelsene i artikkel 14 dersom de andre vilkår og betingelser for derogasjon er tilstede. Men dette utgangspunktet må modifiseres. Ser en hen til Siracusa prinsippene ser en at artikkel 14 er blitt oppfattet som en ”functionally non-derogable” regel.<sup>74</sup> I Siracusa prinsipp nr. 70 kan en lese at man skal unngå langvarig internering uten rettergang, unngå bruk av isolasjon (”incommunicado imprisonment”) hvor man ikke har kontakt med familie, venner eller advokat i mer enn toppen syv dager. Videre skal den som tiltales ha rett på rettferdig rettergang for en kompetent, uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. Prinsipp nr. 70 gir inntrykk av at til tross for at artikkel 9, 10 og 14 er ansett som derogable, må visse minimumsgarantier så som habeas corpus og retten til rettferdig rettergang også være ikke-derogable. Dette blant annet fordi noe annet ville stride mot prinsippet om proporsjonalitet. Denne tolkningen gir videre grunnlag for å fastslå at statene er forpliktet til å protokollere alle arrester, forby internering på ubestemt tid, unngå isolert innesperring over lengre tid samt å innskrenke den militære jurisdiksjon over sivile personer.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Se Joseph m.fl. s. 626 og dennes note 46.

<sup>74</sup> Se Joseph m.fl. s. 630.

<sup>75</sup> Se Nowak s. 84-85.

Dette støttes videre ved at det i GC 29 slås fast at retten til rettferdig rettergang faller inn under ”international humanitarian law” og at man dermed ikke kan derogere i strid med dette. GC 29 punkt 16 lyder nemlig som følger; ”As certain elements of the right to a fair trial are explicitly guaranteed under international humanitarian law during armed conflict, the Committee finds no justification for derogation from these guarantees during other emergency situations. The Committee is of the opinion that the principles of legality and the rule of law require that fundamental requirements of a fair trial must be respected during a state of emergency.” Se også GC 29 punkt 3, 2. setning. Slik jeg forstår GC 29 betyr dette at MRK anser retten til rettferdig rettergang som en ikke-derogabel rettighet.

Om det er nødvendig å derogere, og om det er skjedd innenfor de rammer som er satt, skal kontrolleres. GC 29 slår fast at MRK har en plikt til å kontrollere om en stat kan derogere. De vil da vurdere både den faktiske og den rettslige situasjonen. Men det nasjonale systemet skal også ha et prøvelsessystem. Denne prøvelsen skal foretas av upartiske, nasjonale organer, da særlig lovgivende eller dømmende organer.<sup>76</sup>

Uttalelser fra MRK, samt Siracusa prinsippene viser oss at adgangen til å derogere fra artikkel 14 er, om ikke helt avskåret, så i alle fall meget snever. Likevel, dersom det er mulighet for å fravike artikkel 14, så er det absolutt nødvendig med en offentlig kunngjøring. Noe slikt foreligger ikke. Det må da være grunn til å slutte at USA på visse punkter bryter reglene i SivPol artikkel 14.

---

<sup>76</sup> Se Siracusa Principles nr. 52, nr. 55 og nr. 56.

## 5 Avslutning

Jeg har i den foregående drøftelsen påpekt at regelverket for de militære kommisjonene og SivPol artikkel 14 på en del punkter ikke samsvarer. Det amerikanske regelsettet er ikke i samsvar med likhetsprinsippet, ei heller med uavhengighetskravet i artikkel 14 1. ledd. Videre er uskyldspresumsjonen etter artikkel 14 annet ledd etter alt å dømme heller ikke oppfylt ved de militære kommisjonene. Det samme gjelder artikkel 14 3. ledd litra a), b), d) og f) og ankeretten etter 5. ledd. Derimot er det vanskeligere å konstatere brudd når det gjelder både offentlighetsprinsippet samt om kommisjonen er upartisk og opprettet i henhold til lov slik artikkel 14 1. ledd krever. Om litra c) nyter den beskyttelsen den skal er det også vanskelig for meg å slå helt fast. Imidlertid er retten til å føre vitner og forbudet mot selvinkriminering sannsynligvis beskyttet slik artikkel 14 3. ledd litra e) og g) krever det.

Da USA ikke har foretatt noen lovlig derogasjon eller reservasjon fra artikkel 14 vil man måtte konstatere at regelsettet for de militære kommisjonene på visse punkter ikke er i tråd med SivPol artikkel 14. Dette er beklagelig. Dog er det stadig et tilbakevendende problem i folkeretten at man ikke har tvangsmyndighet. Det er statene selv som må ta ansvar. Og det er opp til disse alene å oppfylle sine forpliktelser. Det resten av verden kan foreta seg når en annen stat bryter menneskerettighetene er å påvirke staten i positiv retning. Dette skjer også i stor grad overfor USA. Både fra de ulike statenes myndigheter og fra flere frivillige organisasjoner ytes det et press på USA. Det gjenstår imidlertid å se om dette arbeidet har den virkning som man aller mest ønsker å oppnå, nemlig at menneskerettighetsgarantier skal etterleves av enhver.



## 6 Litteraturliste

### **Konvensjoner, Lover m.m.:**

African Charter on Human and Peoples' Rights, Nairobi, Kenya, 27. June 1981.

American Convention on Human Rights, San José, Costa Rica, 22. November 1969.

Arab Charter of Human Rights, Council of the League of Arab States, Cairo, 1. September 1994.

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon, 4. november 1950.

Den Internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966.

Department of Defense Military Commission Instruction No. 1, 30 April 2003. Tilgang: <http://www.dod.mil/news/May2003/d20030430milcominstno1.pdf> [Sisert 11.11.03]

Department of Defense Military Commission Instruction No. 4, 30 April 2003. Tilgang: <http://www.dod.mil/news/May2003/d20030430milcominstno4.pdf> [Sisert 11.11.03]

Department of Defense Military Commission Instruction No. 5, 30 April 2003. Tilgang: <http://www.dod.mil/news/May2003/d20030430milcominstno5.pdf> [Sisert 11.11.03]

Department of Defense Military Commission Order No. 1. 21 Mars 2002. Tilgang: <http://www.dod.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf> [Sisert 29.10.03].

International Criminal Tribunal of former Yugoslavia, Rules of Procedure and Evidence Rev. 28, 28 July 2003

Lov om rettergangsmåten i straffesaker, 22. mai 1981 nr. 25.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21. mai 1999 nr.30.

Norges Grunnlov av 17. mai 1814

Rome Statute of the International Criminal Court, 17. July 1998

The Constitution of the United States of America & Amendments, 17. September 1787.

The White House President George W Bush, President Issues Military Order, Office of Press Secretary, 13 November 2001. Tilgang:

<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/print/20011113-27.html>

[Sitert 25.08.2003].

Uniting and Strengthening America by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism (USA Patriot Act), Act of 2001, 26. Oktober 2001.

Vienna Convention on the law of treaties, 23. May 1969.

**Bøker:**

Andenæs Johs *Alminnelig strafferett*, 4.utgave, Universitetsforlaget Oslo, 1997.

Andenæs Johs. *Statsforfatningen i Norge*, 8. utgave, Universitetsforlaget Oslo, 1998.

Danelius Hans *Männskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2. utgave, Norstedts Juridik, Stockholm 2002.

Gulbrandsen Egil *Juridisk leksikon*, Kunnskapsforlaget, Oslo 1994

Joseph Sarah, *The International Covenant on Civil and Political Rights - Cases, Materials and Commentary*, Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan, Oxford University Press 2000.

Lawson Edward *Encyclopedia of Human Rights*, 2. utgave, Taylor & Francis, Washington 1996.

Møse Erik *Menneskerettigheter*, Cappelen Akademiske Forlag, Oslo 2002 [kapittel 13].

National Institute of Military Justice, *Annotated Guide – Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War against Terrorism*, Lexis Nexis-Matthew Bender, Washington D.C., 2002.

National Institute of Military Justice, *Military Commission Instructions Sourcebook*, Washington D.C., 2003.

Nowak Manfred *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, N.P. Engel, Publisher- Kehl-Strasbourg-Arlington, 1993.

Opsahl Torkel *Internasjonale menneskerettigheter, En innføring*, 2. utgave, 2.opplag, Institutt for menneskerettigheter, Oslo 1996.

#### **Artikler:**

American Bar Association (ABA), *Task Force on Treatment of Enemy Combatants...*, Report to the House of Delegates, Report and recommendation on Military Commissions; Approved at August 2003 Annual Meeting.

Tilgang: <http://www.nimj.org> [Sisert 29.10.03].

Amnesty International *The threat of a bad example - Undermining international standards as "war on terror" detentions continue.*

Tilgang: [www.amnesty.org/library/print/ENGAMR511142003](http://www.amnesty.org/library/print/ENGAMR511142003) [Sisert 22.08.03]

Fyhn Morten *Øye for øye, tann for tann* i Aftenposten 23.01.02. Tilgang:

<http://www.aftenposten.no/meninger/kommentarer/article.jhtml?articleID=262643>  
[Sisert 29.07.03]

Goldman Lawrence S. *Guantanamo: little hope for zealous advocacy*, the National Association of Criminal Defense Lawyers, Champion Magazine Juli 2003. Tilgang: [www.nacdl.org](http://www.nacdl.org) [Sisert: 27.08.03]

Harris David *The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right* i International and Comparative Law Quarterly, Volume 16, 1967. [side 352-378]

Jones Darryll *Justice delayed, but not justice denied: trying terror suspects at Guantanamo*, University of Pittsburgh School of Law, JURIST Guest Columnist. Tilgang: <http://www.nimj.org>. [Sitert 29.10.03]

Lelyveld Joseph *In Guantanamo* i The New York Review, 7. November 2002. [side 61-68]

Nilsen Kristin *Bush har utpekt seks tiltalte for militær rettergang* i Aftenposten. Tilgang: [www.aftenposten.no/nyheter/uriks/article.jhtml?articleID=578200](http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/article.jhtml?articleID=578200) [Sitert 17.07.03]

Noor Mohammad *Due Process of Law for Persons Accused of Crime*, i Louis Henkin (Ed.), "The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights, New York 1981. [side 138-165]

Specter Arlen, *Questioning the President's Authority*, New York Times, November 28. 2001. Tilgang: <http://www.nacdl.org/public.nsf/newsreleases/2001mn055?opendocument> [Sitert 29.10.03]

Wedgwood Ruth *Military Commissions: Al Qaida, Terrorism, and Military Commissions* i The American Society of International Law, The American Journal International Law, 2002. Tilgang: <http://web.lexis-nexis.com/professional/> [Sitert 29.07.03]

### **Rettspraksis:**

EMD; Tilgang: <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Language=en&Advanced=1>

Allnet de Riebemont v. Frankrike (A 308, 1995)

Cable v. UK (RJD 1999 s. 465)

Ciraklar v. Tyrkia (RJD 1998 s. 3059)

Coyne v. UK (RJD 1997 s. 1842)

Findlay v. UK (RJD 1997 s. 263)

Funke v. Frankrike (A 256-A, 1993)

Greger v. Tyrkia (RJD 1999 s. 583)

Heaney & McGuinness v. Irland (RJD 2000-XII s. 419-443)

Hood v. UK (RJD 1999 s. 465)

Incal v. Tyrkia (RJD 1998 s. 1547)

John Murray v. UK (RJD 1996 s. 30)

Kostovski v. Nederland (A 166, 1989)

Lüdicke, Belkacem & Koc v. Tyskland (A 29, 1978)

Pakelli v. Tyskland (A 64, 1983)

Petra Krause v. Sveits (DR 13, 1979)

Riepan v. Østerrike (RJD 2000-XII s. 1-18)

S v. Sveits (A 220, 1991)

Saunders v. UK (RJD 1996 s. 2044)

Unterpertinger v. Østerrike (A 110, 1986)

Norsk:

Rt 1999 s. 757

Rt 2001 s. 29.

**Annet:**

Fact Sheet Department of Defense Order on Military Commissions 3/21/02. Tilgang  
<http://www.dod.mil/news/Mar2002/d20020321fact.pdf> [Sisert 29.10.03].

General Comment No. 5 of 28 July 1981 [Public Emergency] Tilgang:  
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/ecb5519dedd9b550c12563ed0046d1a1?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ecb5519dedd9b550c12563ed0046d1a1?Opendocument) [Sisert 14.11.03]

General Comment No. 13 of 12 April 1984 [Procedural Guarantees in Civil and Criminal Trials] Tilgang:  
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/bb722416a295f264c12563ed0049dfbd?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/bb722416a295f264c12563ed0049dfbd?Opendocument) [Sisert 14.11.03]

General Comment No. 29 of 31 August 2001 [States of Emergency] Tilgang:  
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361/\\$FILE/G0144470.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361/$FILE/G0144470.pdf) [Sisert 14.11.03]

The “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights”, Siracusa, Italy 30 april – 4 mai 1984

## **7 Vedlegg**

- 1) The Presidents Military Order of November 13, 2001.
- 2) Department of Defense Military Commission Order No.1 of March 21, 2002.
- 3) Military Commissions Instruction No. 1
- 4) Military Commissions Instruction No. 4
- 5) Military Commissions Instruction No. 5
- 6) General Comments No. 5
- 7) General Comments No. 13
- 8) General Comments No. 29
- 9) The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights